بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكراهية و الاستحسان[1]

باب كراهة جمع اسم النبي صلى الله عليه وآله وسلم و كنيته[2]

قال محمد: أكره[3] إذا سمي الرجل محمدا أن يكنى بأبي القاسم، للآثار المشهورة المعروفة عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال تسموا باسمي و لا تكنوا بكنيتي. و قال مالك بن أنس رحمه الله: لا بأس لمن سمي محمدا أن يكنى بأبي القاسم. و قد سمي مالك ابنا له محمدا و كناه بأبي القاسم.

محمد قال: أخبرنا محمد بن أبان بن صالح عن حماد عن إبراهيم قال:

---

(١) قال الفاضل ابو الوفاء في هامشه عنوان الكتاب، و الباب كان ساقطا من الأصل فزدناه لأن مسائل الباب تدل عليه، و لعله سقط من هنا هذا العنوان و سقط معه ابواب من اول الكتاب - و الله اعلم.

(٢) زيادة العنوان من الفاضل ابي الوفاء - طال بقاه.

(٣) هذا كله اضافه الفاضل ابو الوفاء من الأصل المدني و من النسخة الهندية، ثم هو لعله قول من الامام محمد، و الا ففي الدر المختار: و من كان اسمه محمدا لا بأس بأن يكنى ابا القاسم لأن قوله عليه السلام «سموا باسمي و لا تكنوا بكنيتي» قد نسخ لأن عليا رضي الله عنه كنى ابنه محمد ابن الحنفية ابا القاسم - اه. لعل وجهه زوال علة =

= النهي السابقة بوفاته عليه الصلاة والسلام ، تأمل - قاله ابن عابدين فى ج ٥ ص ٢٧٧ من رد المحتار ، و نحوه فى الهندية ، و لم يذكر فيهما اختلاف اصحابنا ، و مع هذا راجع التفصيل فى ج ٢ ص ٣٩٤ من شرح معانى الآثار للطحاوى باب التكنى بأبى القاسم هل يصح ام لا الى ص ٣٩٧ . و قال الحافظ فى الفتح ج ١٠ ص ١٧٣ : و احتج له بما اخرجه البخارى فى الأدب المفرد و ابو داود و ابن ماجه و صححه الحاكم من حديث على قال قلت : يا رسول الله ! ان ولد لى من بعدك ولد أسميه باسمك و أكنيه بكنيتك ؟ قال : نعم ؛ و فى بعض طرقه « فسمانى محمدا و كنانى ابا القاسم » ؛ و كان رخصة من النبي صلى الله عليه و سلم لعلى بن ابى طالب ، روينا هذه الرخصة فى امالى الجوهرى و اخرجها ابن عساكر فى الترجمة النبوية من طريقه وسندها قوى ؛ قال الطبرى : فى اباحة ذلك لعلى ثم تكنية على ولده ابا القاسم اشارة الى النهى عن ذلك كان على الكراهة دون التحريم ، قال : و يؤيد ذلك انه لو كان على التحريم لأنكره الصحابة ، و لما مكنوه أن يكنى ولده ابا القاسم اصلا فدل على انهم انما فهموا من النهى التنزيه و تعقب بأنه لم ينحصر الأمر فيما قال ، فلعلهم علموا الرخصة له دون غيره - كما فى بعض طرقه - او فهموا تخصيص النهى بزمانه صلى الله عليه و سلم ، و هذا اقوى لأن بعض الصحابة سمى ابنه محمدا و كناه ابا القاسم و هو طلحة بن عبيد الله ، و قد جزم الطبرانى ان النبي صلى الله عليه و سلم هو الذى كناه و اخرج ذلك من طريق عيسى بن طلحة عن ظئر محمد بن طلحة ، و كذا يقال لكنية كل من المحمدين ابن ابى بكر و ابن سعد و ابن جعفر بن ابى طالب و ابن عبد الرحمن بن عوف و ابن حاطب بن ابى بلتعة و ابن الأشعث بن قيس : ابو القاسم ، و ان آباءهم كنوهم بذلك ؛ قال عياض : و به قال جمهور السلف و الخلف و فقهاء الأمصار ؛ قال الحافظ : و فى الجملة اعدل المذاهب المذهب المفصل المحكى اخيرا مع غرابته - فتح البارى .

كان يكره أن يسمى باسم النبي صلى الله عليه و آله و سلم و يتكنى[1] بكنيته يجمعان جميعا ، تعظيما لرسول الله صلى الله عليه و على آله و سلم ، و لا بأس أن يسمى باسمه و يكنى بكنيته إذا لم يجمعا[2] .

محمد قال : أخبرنا إبراهيم بن محمد المدنى [قال أخبرنا إبراهيم بن محمد][3]

(١) كذا فى الأصل ، و معناه صحيح . و بعده « يكنى » و هو ايضا صحيح ، و قوله « كان يكره » اى فى زمن اصحاب عبد الله بن مسعود ، او فى زمن الصحابة رضى الله عنهم ؛ و الأحاديث فى ذلك متعارضة ، و بين معناها و محاملها الطحاوى و العينى و غيرهما .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « لم يجمعهما » و ما فى الأصل راجح - تدبر .

(٣) قال الفاضل ابو الوفاء : و لعله « عن ابراهيم بن محمد بن طلحة » . قلت : ابراهيم بن محمد بن طلحة هو ابن عبيد الله التيمى ابو اسحاق المدنى ، و قيل : الكوفى ، روى عن عمر و لم يدركه و عن سعيد بن زيد و لم يذكر سماعا و ابى هريرة و عائشة و ابن عمرو بن العاص و ابن عباس و غيرهم ، و عنه ابن اخيه لأمه عبد الله بن حسن بن حسن و عبد الله ابن محمد بن عقيل و عبد الرحمن بن حميد بن عبد الرحمن بن عوف و آخرون ، من رجال الأدب المفرد للبخارى و مسلم و الأربعة - كما فى ج ١ ص ١٥٤ من التهذيب ، استعمله ابن الزبير على خراج الكوفة و بقى حتى ادرك هشام بن عبد الملك ، شريف نبيل صارم ، له عارضة و اقدام ، ثقة صالح ؛ ذكره ابن حبان فى الثقات ، مات سنة ١١٠ قتل ابوه يوم الجمل و امه حامل به ؛ قال الحافظ : فيكون مولده سنة ست و عشرين - كذا فى التهذيب . فعلى هذا روايته عن ابيه محمد بن طلحة منقطعة فانه لم يدركه لكن قال الحافظ فى ترجمة محمد بن طلحة من تعجيل المنفعة ص ٣٦٦ : روى عنه ابنه ابراهيم و عبد الرحمن بن ابى ليلى و غيرهما - اه . و هو فى ج ١ ص ٢٣٧ من الاستيعاب فى ترجمة محمد ، روى عنه ابنه ابراهيم بن محمد بن طلحة و عبد الرحمن بن ابى ليلى - اه . و الرواية هذه من طريقه فى الاستيعاب - و العلم عند الله تعالى .

ابن طلحة عن أبيه[١] أنه ذهب به[٢] إلى النبي صلى الله عليه و على آله و سلم

---

(١) هو محمد بن طلحة بن عبيد الله التيمي المعروف بالسجاد، له صحبة و رواية، و عنه ابنه ابراهيم وعبد الرحمن بن ابى ليلى و غيرهما، و لما ولد اتى به النبي صلى الله عليه و سلم فمسح رأسه و سماه محمدا وكناه ابا القاسم - حكاه ابن ابى حاتم . و اخرج البخارى فى ترجمته فى الصحابة من طريق هلال الوزان عن ابن ابى ليلى عن محمد قال: سمانى النبي صلى الله عليه وسلم محمدا؛ و قتل يوم الجمل مع ابيه سنة ست و ثلاثين - قاله الحافظ فى التعجيل، و قال البخارى فى ج ١ ص ١٦ من تاريخه: محمد بن طلحة بن عبيد الله القرشي التيمي قال: سمانى النبي صلى الله عليه و سلم محمدا؛ قاله لى الصلت بن محمد عن ابى عوانة عن هلال الوزان عن ابن ابى ليلى، و قال لى اسمعيل بن ابى اويس: كنيته ابو القاسم - اه . و محمد بن طلحة و عيسى بن طلحة و عمر بن طلحة و عمران بن طلحة و اسحاق ابن طلحة و يحيى بن طلحة و موسى بن طلحة اخوة لأب - كما فى كتب الرجال، و ابراهيم بن محمد يروى عن اعمامه عيسى و عمران و غيرهما - كما فى الاستيعاب و تاريخ البخارى و غيرهما . و ترجمة ابراهيم بن محمد بن طلحة فى ج ١ ص ٣١٦ من تاريخ البخارى، قتل مع ابيه طلحة يوم الجمل سنة ست و ثمانين، و ابراهيم لم يدرك اباه . قال فى الاستيعاب: محمد بن طلحة بن عبيد الله القرشي التيمي المعروف بالسجاد، امه حمنة بنت جحش اخت زينب بنت جحش، اتى به ابوه طلحة الى النبي صلى الله عليه و سلم فمسح رأسه و سماه محمدا و كناه بأبي القاسم، و قد قيل كنيته «ابو سليمان» و الصحيح «ابو القاسم» روى يزيد بن هارون عن ابى شيبة ابراهيم بن عثمان عن محمد بن عبد الرحمن مولى لطلحة عن عيسى بن طلحة قال حدثتنى ظئر محمد بن طلحة قالت: لما ولد محمد بن طلحة اتينا به النبي صلى الله عليه وسلم فقال: ما سميتموه؟ قلنا: محمدا، فقال: هذا اسمي و كنيته «ابو القاسم»؛ و من قال: كنيته «ابو سليمان» احتج بما روى عن محمد ابن زيد بن المهاجر بن قنفذ قال: لما ولد محمد بن طلحة اتى به ابوه طلحة الى رسول الله =

= صلى الله عليه و سلم ، فقال : سمه محمدا ، فقال : يا رسول الله ! اكنيه ابا القاسم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اجمعهما له ، هو « ابو سليمان » ؛ و روى عن محمد بن زيد ابن المهاجر بن قنفذ عن ابراهيم بن محمد بن طلحة قال : لما ولدت حمنة بنت جحش محمد بن طلحة بن عبيد الله جاءت به الى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فسماه محمدا و كناه ابا سليمان - انتهى ؛ فى الأول شيخ يزيد بن هارون ابراهيم بن عثمان ابو شيبة العبسى ضعيف منكر الحديث ، متروك ساقط - كما فى ج ١ ص ١٤٤ من التهذيب ؛ و ظئر محمد بن طلحة مجهولة لكن لا يضر فانها صحابية ، و فى الثانى مع كون رجال اسناده ثقات انقطاع ، و قد اخرجه الطبرانى من طريق عيسى بن طلحة عن ظئر محمد بن طلحة الحديث انه صلى الله عليه و سلم سماه بمحمد و كناه ابا القاسم - فتنبه .

(٢) « ذهب به » مجهول ، قوله « به » هو معمول و مفعول ما لم يسم فاعله ، اذهبه ابوه طلحة ابن عبيد الله اليه صلى الله عليه وسلم . و المسألة مختلف فيها بين الصحابة و التابعين و الأئمة من المجتهدين - كما فى ج ١٠ ص ٤٤٩ من عمدة القارئ و ج ١٠ ص ٤٧١ من فتح البارى . قال النووى : اختلف فى التكنى بأبى القاسم على ثلاثة مذاهب : الأول المنع مطلقا سواء كان اسمه محمدا ام لا ، ثبت ذلك عن الشافعى ؛ و الثانى : الجواز مطلقا و يختص النهى بحياته صلى الله عليه وسلم ؛ و الثالث : لا يجوز لمن اسمه محمد و يجوز لغيره ، قال الرافعى : يشبه ان يكون هذا هو الأصح لأن الناس لم يزالوا يفعلونه فى جميع الأعصار من غير انكار ؛ قال النووى هذا مخالف لظاهر الحديث ، و اما اطباق الناس عليه ففيه تقوية للمذهب الثانى ، و لأن مستندهم ما وقع فى حديث أنس المشار اليه ، قيل : انه صلى الله عليه و سلم كان فى السوق فسمع رجلا يقول « يا ابا القاسم » فالتفت اليه فقال : لم اعنك ؛ فقال : سموا باسمى و لا تكنوا بكنيتى ؛ قال . ففهموا من النهى الاختصاص بحياته للسبب المذكور و قد زال بعده صلى الله عليه و آله و سلم - انتهى ملخصا . وحكى الطبرى مذهبا رابعا وهو المنع من التسمية بمحمد مطلقا ، و كذا التكنى =

فسماه محمدا و قال: هذا «أبو سليمان» لا أجمع له اسمي و كنيتي[1] .

= بأبي القاسم مطلقا . و حكى غيره مذهبا خامسا و هو المنع مطلقا في حياته و التفصيل بعده بين من اسمه محمد و احمد فيمتنع و إلا فيجوز - كذا في فتح الباري .

(١) قد عرفت ان الراجح رواية من رواه بأن رسول الله صلى الله عليه و سلم سماه محمدا و كناه بأبي القاسم ، لكن ورد في الأحاديث ما يؤيده و يقويه . و ذلك فيما اخرجه احمد و ابو داود وحسنه الترمذي وصححه ابن حبان من طريق ابي الزبير عن جابر رفعه : «من تسمى باسمي فلا يكتني بكنيتي ، و من اكتنى بكنيتي فلا يتسمى باسمي» ؛ و لفظ ابي داود و احمد من هشام الدستوائي عن ابي الزبير ، و لفظ الترمذي و ابن حبان من طريق حسين بن واقد عن ابي الزبير: «اذا سميتم بي فلا تكنوا بي ، و إذا كنيتم بي فلا تسموا بي» قال ابو داود: و رواه الثوري عن ابن جريج مثل رواية هشام، و رواه معقل عن ابي الزبير مثل رواية ابن سيرين عن ابي هريرة ، و رواه محمد بن عجلان عن ابيه عن ابي هريرة مثل رواية ابي الزبير . قلت : و وصله البخاري في الأدب المفرد و ابو يعلى و لفظه «لا تجمعوا بين اسمي و كنيتي» و الترمذي من طريق الليث عنه و لفظه : ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يجمع بين اسمه و كنيته و قال «انا ابو القاسم ، الله يعطي و أنا اقسم» ؛ قال ابو داود : و اختلف على عبد الرحمن بن ابي عمرة و على ابي زرعة بن عمرو وموسى بن يسار عن ابي هريرة على الوجهين . قلت : وحديث ابن ابي عمرة اخرجه احمد و ابن ابي شيبة من طريقه عن عمه رفعه «لا تجمعوا بين اسمي وكنيتي» ؛ و اخرج الطبراني من حديث محمد بن فضالة قال : قدم رسول الله صلى الله عليه و سلم المدينة و انا ابن اسبوعين فأتي بي اليه فمسح على رأسي و قال «سموه باسمي و لا تكنوه بكنيتي» ؛ و رواية ابي زرعة عند ابي يعلى بلفظ «من تسمى باسمي فلا يكتني بكنيتي» ؛ و لذا قال الامام محمد : «الأحاديث فيه مشهورة معروفة» .

باب

باب اقتناء الخصيان[1]

و قال محمد : لا بأس باقتناء الخصيان ، و لا بأس بدخولهم على النساء ما لم يبلغوا الحنث ، فاذا بلغوا لا ينبغى أن يدخلوا على الحرائر و هن منكشفات[2] الرؤس ؛ و البلوغ عندنا إذا بلغ الخصى خمسة عشرة سنة فأتمها لأنه لا يحتلم فيبلغ قبلها ، فاذا تمت له خمس عشرة سنة لم يدخل على النساء و هن منكشفات الرؤس ، و فصل[3] ؛ و اقتناء الواحد و الكثير سواء فى هذا .

و قال مالك بن انس : أكره اقتناء الخصيان ، لأنه لو لا نقتنيهم لم يخصوا ؛ ثم رجع عن هذا بعد ذلك ، قال : لا بأس باقتناء الخصى الواحد ، فأما أكثر من ذلك فهو مكروه . [قال محمد :][4] فان كان إنما كره أكثر من واحد لأنهم إنما يخصون لأنا نقتنيهم ، فلو أن كل رجل من المسلمين اتخذ

---

(١) هذا الباب تقدم بعد كتاب الصلاة فى الجنائز ، و أخرجته منها ثم وضعته بعد ذلك ، لكن الفاضل ابا الوفاء - صانه الله من العناء - اخرجه من هناك و وضعه فى كتاب الكراهة حيث قال فى هامش اصله « كان عنوان الباب ساقطا من الأصل ومسائله كانت فى آخر المشى مع الجنازة ، و هذا من تصرفات النساخ فأدرجناه هنا لأن هذا مقامه فتنبه . و زدنا عنوان الباب ليدل على المسائل » فعلى هذا هو مكرر فى الكتاب - فتنبه .

(٢) فى الأصل « مكشفات » و هو خطأ .

(٣) كذا فى الأصل ، معناه : بعد عن النساء و عزل عنها و لا يدخل عليهن على غرة منها لأنه اجنبى منها . و قال الفاضل ابو الوفاء - اطيل له البقاء : قوله « و فصل » اى مالك بين الكثير و القليل ، لعل هذا كان بعد قوله « بعد ذلك » و ترك فيكون على الهامش وأدرجه الناسخ فى غير مقامه - و الله اعلم ، انتهى . فعندى الضمير فيه يرجع الى « الخصى » و عنده يعود الى « مالك » .

(٤) زيادة منى فان المقام يقتضى ذلك - كما لا يخفى على الذكى .

خصيا واحدا [١] و كان ذلك واسعا لم يخرج مالك بن أنس مما قال، لأن المسلمين أكثر مما يحصى من المشركين؛ فان جاز لكل مسلم أن يتخذ خصيا واحدا كانت الحال على ما كره مالك من ذلك.

باب ما يكره من خل الخمر و ما لا يكره

محمد قال قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا بأس بالخمر يكون للمسلم أن يصب فيها الماء أو يطرح فيها الملح فيصير خلا فيؤكل ذلك الخل أو يباع. و قال أهل المدينة: لا يحل هذا و لا يحل بيعه و لا أكله.

و قال محمد: و ما بأس بهذا. أليس جلد الميتة يدبغ و هو للمسلم فيحل الانتفاع به و قد حرم الله الميتة كما حرم الخمر؟ أرأيتم إن كانت لنصراني فأفسدها فجعلها خلا أترون بأسا للمسلم أن يشتريها فيأكلها؟ قالوا: فان قلنا «هذا لا بأس به» فما تقولون؟ قيل لهم: فانما أراد المسلم حين كانت عليه حراما أن يخرجها من الحرام إلى الحلال كأنكم ترون الخمر حلالا للكافر و الخمر حرام للمسلم و الكافر [٢] و على جميع الناس! عليهم أن يحرموا ما حرم

(١) يعني لهم ان يقتنوا اكثر من واحد. و لا ضيق عليهم و لا حرج، لكن على التنزل قلنا لكل واحد منهم باقتناء الواحد. و في موطأ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر انه كان يكره الاخصاء و يقول فيه تمام الخلق او نماء الخلق - اه من السنة في الشعر، و راجع ج ٤ ص ١٦٤ من شرح الزرقاني، و لم اجد مسائل اقتناء الخصيان في الموطأ الا ما اشرت اليه مما وقع في باب السنة في الشعر، فعليك الطلب من مظان العلم.

(٢) تأمل في العبارة و إلا ففي الهداية: قال: و أهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث «فأعلمهم ان لهم ما للمسلمين و عليهم ما على المسلمين» و لأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين، قال: الا في الخمر و الخنزير خاصة فان عقدهم =

القرآن و أن يحلوا ما أحـل القرآن . قالوا : إنا نزعم أن الخمر لا يملكهـا المسلم فذلك[١] لا يحل له إصلاحها . قيل لهم : أرأيتم مسلما له عصير فصار خمرا من يملك هذه الخمر ؟ ينبغي في قولكم أن تزعموا أنه لا مالك لها ، فان قلتم ذلك فلا بأس أن يأخذ المسلم شيئا لا مالك له فيصلحه فيجعله حلالا ؛ أرأيتم شاة ميتة ألقاها أهلها فأخذ رجـــل جلدها فدبغه [٢]فصيره شيئـا [حلالا][٢] أترون به بأسا بالانتفاع به ؟ قالوا : لا . قيل لهم : فاجعلوا الخمر كأنه لا مالك لها أخذها الذى كان العصير له فجعلها خلا فرجعت إلى أمر حلال كما رجع جلد الميتة إلى أمر حلال ؛

و قد بلغنا[٣] عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه [٤]اصطبغ بخل خمر[٤] ؛

= على الخمر كعقد المسلم على العصير و عقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها اموال في اعتقادهم و نحن امرنا بأن نتركهم و ما يعتقدون ، دل عليه قول عمر : ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها - انتهى ، اخرجه عبد الرزاق في مصنفه و ابو عبيد في كتاب الأموال .

(١) كذا في الأصل ، و في الهندية « كذلك » و الصواب عندى « فكذلك » و الله اعلم .

(٢ - ٢) في الأصـل « فصيره » و في الهندية « فصيره شيئـا » و زاد العلامـــة المفتى حفظه الله بعد قوله « شيئا » « حلالا » ليتضح الكلام ، لذا جعله بين المربعين .

(٣) وصله ابن حزم في ج ٧ ص ٥١٧ من المحلى بقوله : روينـا من طريق ابن ابي شيبة عن اسمعيل بن علية عن التيمي عن ام خداش انها رأت على بن ابي طالب يصطبغ بخل خمر - اه .

(٤ - ٤) في الأصل « اصطبـغ عـلى خمر » و هو تصحيف « اصطبغ بخـل خمر » و الاصلاح من المحلى الا انه فيه « يصطبـغ » مكان « اصطبـغ » . و رواه البيهقي ايضا في المعرفة - كما في ج ٨ ص ٥٣ من كنز العمال .

و بلغنا[١] ذلك عن ابن عباس ؛ و بلغنا[٢] عن أبي الدرداء أنه قال : لا بأس بخل الخمر ؛ فما فرق بين أهل الذمة و عمل المسلمين فى ذلك .

محمد قال : أخبرنا [خالد][٣] بن عبد الله عن عبد الله بن أبى سليمان[٤] عن عطاء بن أبى رباح فى رجل ورث خمرا قال : يهريقها ؛ قال : قلت : أرأيت لو صب فيها ماء فتحولت خلا ؟ قال : إن تحولت فلا بأس به ، إن شاء باعه .

---

(١) لم اجده ، اخفاه عنى قصور نظرى ، فانك تعلم ان بلاغاته مسندة . و فى الباب عن عائشة رواه ابن ابى شيبة - كما فى المحلى - عن حميد بن عبد الرحمن عن ابيه عن مسربل العبدى عن امه قالت : سألت عائشة ام المؤمنين عن خل الخمر ؟ فقالت : لا بأس به هو ادام ؛ و من طريق وكيع عن عبد الله بن نافع عن ابيه عن ابن عمر انه كان لا يرى بأسا بأكل ما كان خمرا فصار خلا ؛ ومن طريق حماد بن زيد عن يحيى بن عتيق عن ابن سيرين قال : لا بأس بخل الخمر ، وهو قول الحسن وسعيد بن جبير - انتهى .

(٢) اسنده ابن ابى شيبة عن عبد الرحمن بن مهدى عن معاوية بن صالح عن ابى الزاهرية عن جبير بن نفير قال : اختلف اثنان من اصحاب معاذ فسألا ابا الدرداء فقال : لا بأس به - كذا فى المحلى ، و الله اعلم .

(٣) فى الأصل « اخبرنا ابن عبد الله » و فى هامشه « لعله ابو عبد الله » و عندى سقط لفظ « خالد » من الابتداء ؛ و خالد بن عبد الله من شيوخ الامام محمد ، و قد تكرر فى الكتاب - كما مر مرارا ؛ و خالد بن عبد الله بن نمير من اصحاب عبد الملك بن ابى سليمان ، و الا لا ادرى من هو ، فعليك الطلب .

(٤) كذا فى الأصل « عبد الله بن ابى سليمان » ان صح فهو : عبد الله بن ابى سليمان الأموى ، مولى عثمان ، ابو ايوب ، و يقال : اسمه سليمان ، من رجال ابى داود و الأدب المفرد للبخارى ، شيخ ، ذكره ابن حبان فى الثقات - كما فى ج ٥ ص ٢٤٦ من التهذيب ؛ و هل روى عن ابن ابى رباح ؟ فيه تردد ، و فى التهذيب عبد الله بن سليمان اربعة =

محمد قال: أخبرنا عبد الله [بن المبارك][1] عن سعيد بن عبد العزيز التنوخي[2]

= اخر لكن قلبي يأبي ان يكون هنا واحد منهم ، و الذى يميل اليه قلبي هو ان فى السند « عبد الملك بن ابى سليمان » وهو يروى عن عطاء وعنه خالد بن عبد الله الواسطى ، كما هو فى باب المواقيت و غيرهما من هذا الكتاب هكذا: اخبرنا خالد بن عبد الله عن عبد الملك بن ابى سليمان ، و هو العزرمى ، و هو فى ج ٦ ص ٣٩٦ من التهذيب ، و قد مرت تراجم الثلاثة فى مواقيت الصلاة ، وقع التصحيف فى الأسماء من الكاتبين و لذا صار السند مجهول الأسماء - فتنبه . هذا ما عندى فى الحال فى هذا المقام ، لعل الله يحدث بعد ذلك امرا .

(١) و كان فى الأصل « اخبرنا سعيد بن عبد العزيز » و فى الهندية « اخبرنا عبد الله بن سعيد بن عبد العزيز » و الصواب « عبد الله بن المبارك عن سعيد » سقط من الأصل « عبد الله بن المبارك » وسقط من الهندية « بن المبارك » و صحف « عن » فصار « من » و دليل سقوط ما فى الأصل ان الامام محمدا لا يروى عن سعيد بن عبد العزيز بل يروى عنه شيوخه : شعبة و الثورى و ابن المبارك ، فما فى الهندية اقرب الى الصواب ، و « عبد الله » الذى فيها : ابن المبارك ، لذا زيد لفظ « بن المبارك » بين المربعين ، و صحف « عن » فصار « بن » فصححناه ؛ و لا يخفى ان الامام محمدا يروى عن عبد الله بن المبارك ، و ابن المبارك يروى عن سعيد بن عبد العزيز . و اما عبد الله بن سعيد التنوخى فلا يوجد فى الرجال - ف .

(٢) هو ابن ابى يحيى التنوخى ، ابو محمد ، و يقال : ابو عبد العزيز ، الدمشقى ، من رجال مسلم و اربعة و الأدب المفرد للبخارى ، قرأ القرآن على ابن عامر و يزيد بن ابى مالك و سأل عطاء بن ابى رباح ، و روى عن عبد العزيز بن صهيب و الزهرى و ربيعة الدمشقى و بلال بن سعد و سليمان بن موسى و عطية بن قيس و مكحول و ابى الزبير و جماعة ، ومنه الثورى و شعبة و هما من اقرانه و ابن المبارك و بشر التنيسى و بقية =

عن عطية بن قيس الكلابى[1] عن رجل[2] عن حكم أو مولى الحكم[3] قال: سألت

= و وكيع و يحيي بن سعيد القطان و خلق كثيرون - كما فى ج ٤ ص ٥٩ من التهذيب؛ ثقة ثبت حجة فاضل دين ورع، مفتى اهل دمشق و من عباد اهل الشام، و كان لهم كمالك لأهل المدينة فى التقدم و الفضل و الفقه و الأمانة و الاتقان، ولد سنة ٩٠ و مات سنة ١٦٧ او سنة ١٦٨، كان قد اختلط قبل موته، معدود فى اصحاب مكحول - كما فى التهذيب، و له ترجمة طويلة فيه فراجعه •

(١) و يقال: الكلاعى ابو يحيي الحمصى، و يقال: الدمشقى، من رجال مسلم و الأربعة - كما فى ج ٧ ص ٢٢٨ من التهذيب، روى عن ابى بن كعب و معاوية و النعمان بن بشير و ابى الدرداء وعبد الله بن عمرو و ابن عمر و عبد الرحمن بن غنم و قزعة بن يحيي و ابى ادريس الخولانى وغيرهم. وعنه ابنه سعد وسعيد بن عبد العزيز و عبد الله بن يزيد الدمشقى و عبد الرحمن بن يزيد بن بزة و غيرهم، معروف، تابعى، صالح الحديث. ذكره ابن حبان فى الثقات، مولده سنة ٧ فى حياة النبي صلى الله عليه و سلم، و مات سنة مائة وعشرة وهو ابن ١٠٤ سنة، او مات سنة ١١٢ او سنة ١٢١ اقوال، و راجع التهذيب•

(٢) لا ادرى من هو؟ و لعله زيادة من الكاتب، و لما كان عطية يروى عن ابى الدرداء و ابى ايوب الأنصارى و غيرهما من الصحابة من غير واسطة فلا حاجة الى الرواية عن الرجل المجهول، و هو كان قارئ الجند الذى غزا مع ابى ايوب الأنصارى مع كونه مولودا فى حياته صلى الله عليه و سلم - تدبر؛ و لا بعد فى ان يكون عن رجل يقال له: الحكم، او: مولى الحكم قال: سألت - الحديث •

(٣) كذا فى الأصل، و لم اقدر على تشخيصه مع التفحص البالغ، و الحكم كثيرون و لم اجد واحدا منهم روى عن ابى الدرداء رضى الله عنه؛ و فى ج ٢ ص ٤٤٥ من التهذيب: حكيم بن جبير الأسدى، و يقال مولى الحكم بن ابى العاص الثقفى الكوفى، روى عن ابى جحيفة و ابى الطفيل وعلقمة و موسى بن طلحة و ابى وائل و ابراهيم =

أبا الدرداء عن الخل الذى يجعل من الخمر [بالشمس] [١] و الملح و الحيتان فقال أبو الدرداء : غيّر خمرها [٢] الملح و الشمس و الحيتان ؛ فهذا أحرى أن يكون [٣] من خل الخمر ، و هذا أيضا عندنا لا بأس به لأنه قد تحول عن

= النخعى و غيرهم ، من رجال الأربعة ، لكن لا ذكر لأبى الدرداء فى ترجمته ، و هو متأخر قطعا من الذى سأل ابا الدرداء رضى الله عنه ؛ و راجع باب الحكم من تاريخ البخارى ج ١ ق ٢ ص ٣٢٦ الى ص ٣٤٣ منه ، و العلم عند الله تعالى . و كم من موضع فى كتاب الحجة مع الفحص و الجد و الجهد البالغ لم اصل الى صحته ، و كذا الرجال فيه لم اقدر على تشخصهم و تعينهم ، فعليكم ايها الناظرون ! اصلاحه و تعيينهم ، يؤتكم الله تعالى خير الجزاء .

(١) ما بين المربعين لم يذكر فى الأصول ، و زيد لتصحيح العبارة .

(٢) قلت : و كان فى الأصل « عين خمرها » و « عين » تصحيف « غير » و فى الهندية « يجب » مكان « غير » و هو ايضا تصحيف ، و جعله العلامة المفتى « ذبحتها » و انا جعلته « غير خمرها » و هو الصواب - ف . قال العلامة المفتى زاد الله فضله : اصل العبارة « يجب خمرها الملح و الشمس و الحيتان » و لم افهمها ؛ و الحديث رواه الطحاوى فى ج ٤ ص ٣٠٥ من مشكل الآثار : حدثنا يونس حدثنا يحيى بن حسان ثنا هشيم حدثنا داود بن عمرو الأودى عن بسر بن عبيد الله الحضرمى عن ابى ادريس الخولانى ان ابا الدرداء كان يأكل المرى - يعنى فيه (كذا) الخمر - و يقول : ذبحته الشمس و الملح - انتهى . و بالجملة لم اهتد اليه و لا الى تشخيص الراويين . قلت : و الصواب ما فى الأصل الا انه صحف - ف .

(٣) سقط شىء من الأصل حسب ما يقتضيه السياق و السباق ، و ظنى انه لفظ « احرم » اعنى : احرم من خل الخمر ؛ لكن لم اجزم به ، فوالله اعلم اى لفظ سقط من الأصول هاهنا .

حال الخمر إلى أن صار مريا[١]، فكذلك الخل، بل الخل أحلها لأنه لم يخلطه شيء آخر

(١) فى الأصل «مرا» و فى الهندية و المحلى «مريا» وسبق من المشكل: كان يأكل المرى؛ و راجع لمعناه المغرب و الفائق مرئ و مرى.

تكملة للباب

اعلم ان الأئمة اتفقوا على ان الخمر اذا تخللت بنفسها بدون علاج من خارج - بطول المكث مثلا - يحل و يجوز الانتفاع به مطلقا. لا خلاف بينهم فى ذلك، و انما اختلفوا فى تخليطها بشيء من الخارج كالملح و غيره، فالامام ابو حنيفة و ابو يوسف و محمد و الأوزاعي و الليث و غيرهم قالوا: انها يطهر و يحل الانتفاع به كالأول، و به قال عطاء بن ابي رباح، و هو مروى عن علي بن ابي طالب و ابن عباس و ابي الدرداء رضى الله عنهم، و معهم فى خل الخمر عائشة و ابن عمر رضى الله عنهم - كما عرفت؛ و قال مالك مرة: لا يجوز، و ان فعل عصى، و طهرت؛ و قال مرة: لا يجوز و لا تطهر، و به قال الشافعي و احمد؛ و قال مرة: يجوز و تطهر. قال الحافظ فى الفتح: فى كيفية بيع سمرة للخمر ثلاثة اقوال، الى ان قال: و الثالث ان يكون خلل الخمر و باعها، و كان عمر يعتقد ان ذلك لا يحلها كما هو قول اكثر العلماء و اعتقد سمرة الجواز كما تأوله غيره انه يحل التخايل، و لا ينحصر الحل فى تخليلها بنفسها - اه. فالمسألة مختلف فيها بين الصحابة و التابعين و الأئمة المجتهدين، و ابو حنيفة لم يتفرد بذلك بل هو مسبوق به من الصحابة و التابعين، فالعجب من ابن ابي شيبة فى كتاب الرد فى المسألة الثلاثين منه كيف خص بذلك الامام ابا حنيفة رحمه الله حيث قال: حدثنا وكيع عن سفيان عن السدى عن يحيي بن عباد عن انس بن مالك ان ايتاما ورثوا خمرا فسأل ابو طلحة النبي صلى الله عليه و سلم ان يجعله خلا، قال: لا؛ و ذكر ان ابا حنيفة قال: لا بأس به - انتهى. لا خصوصية فيه لأبي حنيفة بل علي و عائشة و ابن عمر و ابن عباس =

و ابو

= و ابو الدرداء و سمرة رضى الله عنهم وعطاء بن ابى رباح ايضا قالوا : لا بأس به ، و « اصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » و الحديث المذكور ليس بمحكم فى التحريم وعدم الحل بل محمول على ان ذلك كان فى ابتداء تحريم الخمر و وقت التشديد فيه حين كان تشق الزقاق فيما يكفى فيه الاهراق لمجرد التشديد و غرس التنفر عنها فى النفوس و قلع الألفة عنها ، و لم يكن ذاك لتحريم التخليل ، و ايجاب شق الزقاق كحرمة الانتفاع بالدباء و الحنتم و المزفت و المقير ، ثم اجاز الشرع بذلك . قال القارى فى المرقاة : اما الجواب من قوله صلى الله عليه و سلم « لا » ان الخمر كانت نفوسهم الفة بها فنهى عن اقترانها بالكلية نهى تنزيه لئلا يتخذوا التخليل وسيلة اليها ، اما بعد طول عهد التحريم فما بقى السبب و لا يخشى ميلهم اليها ، و يؤيده خبر « نعم الادام الخل » - اه . و قد فصله الطحاوى فى مشكل الآثار فى اربعة اوراق من الجزء الرابع ، ثم راجع ج ١ ص ١٧٦ من معتصر المختصر تجد شفاء لصدرك و ثلجا له ؛ و المحدث الكبير نقل تفصيل جواب الطحاوى فى ج ٤ ص ٣١١ من نصب الراية بأنه محمول على التغليظ و التشديد لأنه كان فى ابتداء الاسلام ، كما ورد ذلك فى سؤر الكلب ، بدليل انه ورد فى بعض طرقه الأمر بكسر الدنان و تقطيع الزقاق ، رواه الطبرانى فى معجمه : ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا معتمر ثنا ليث عن يحيى بن عباد عن انس عن ابى طلحة قال : قلت : يا رسول الله ! انى اشتريت خمرا لأيتام فى حجرى ؟ فقال : اهرق الخمر و كسر الدنان ؛ و رواه الدارقطنى ايضا ؛ و روى احمد فى مسنده : حدثنا الحكم بن نافع ثنا ابو بكر بن ابى مريم عن ضمرة بن حبيب عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه و سلم شق زقاق الخمر بيده فى اسواق المدينة ؛ و هذا صريح فى التغليظ لأن فيه اتلاف مال الغير ، و قد كان يمكن ارافة الدنان و الزقاق و تطهيرها و لكن قصد باتلافها التشديد ليكون ابلغ فى الردع ، و قد ورد عن عمر انه احرق بيت خمار - كما رواه ابن سعد فى الطبقات ؛ و قد ورد فى حديث عن جابر ان النبى صلى الله عليه و سلم عوض =

= الأيتام عن خمرهم مالا - كما رواه ابو يعلى الموصلى فى مسنده : حدثنا جعفر بن حميد الكوفى ثنا يعقوب العمى عن عيسى بن جارية عن جارية - فذكره ؛ وفيه : قال : اذا اتانا مال البحرين فأتنا نعوض ايتامك مالهم - انتهى . فثبت ان قول الامام و من معه من الصحابة و غيرهم لا يخالف الحديث المذكور بل الحديث بشمائله و تكرمه حجة على ابن ابى شيبة لا له ، فالخمر اذا صارت خلا ينبغى ان تحل لوجود صفة الحل و انتفاء صفة الخمر عنها كان ذلك من ذاتها او من فعل احد فيها ، وكذلك جلود الميتة سواء دبغ او ترك حتى اجفتها الشمس و اسفت عليها الرياح حتى اذهبت وضر الميتة عنها ؛ ألا ترى ان التخليل يزيل الوصف المفسد و يثبت صفة الصلاح لعو الاصلاح مباح لا يمنعه الشرع بل فى بعض الأوقات يوجبه ، كاصلاح مال اليتيم ، « و الله يعلم المفسد من المصلح » ، وكذا الصالح للصالح مباح قياسا بالتخلل بنفسه ، و بالدباغ و التخليل اولى من الاراقة لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى ثانى الحال فيختاره من ابتلى به ، كما اذا ورثها مثلا . وحديث « نعم الادام الخل » رواه الامام ابو حنيفة عن محارب بن دثار عن جابر انه دخل عليه يوما قوم فقرب اليهم خبزا و خلا ثم قال : ان رسول الله صلى الله عليه و سلم نهانا عن التكلف ، و لو لا ذلك لتكلفت لكم ، فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : نعم الادام الخل - كذا رواه الحارثى فى مسنده من طريق سليمان بن ابى كريمة عن الامام ؛ و رواه طلحة العدل من طريق سليمان بن ابى كريمة عن ابى حنيفة و مسعر بن كدام ؛ و اخرجه ابن خسرو ايضا فى مسنده من طريقه و زاد : عن سليمان بن ابى كريمة الشامى عن الامام ابى حنيفة ومسعر ابن كدام - كما فى ج ٢ ص ٣٠١ من جامع المسانيد . و رواه الحارثى و طلحة ايضا من طريق خاقان بن الحجاج عن الامام ابى حنيفة - كما فى ج ٢ ص ٩١ من عقود الجواهر و زاد فقال : و اخرجه احمد و مسلم و الأربعة من طرق عن جابر ، و مسلم ايضا و الترمذى فى السنن و الشمائل عن عائشة ؛ و قد جمع الامام ابو محمد التميمى =

= جزأ فى طرفه و انتقيته و زدته وضوحا ، و الحمد لله على ذلك - انتهى . و قال فى اختيار الولاية ج ٤ ص ١٦٤ مزيدا عليه : و الحديث اخرجه مسلم من طريق طلحة ابن نافع عن جابر ، و الأربعة من طريق محارب بن دثار عنه ، وكلهم عنه مرفوعا ، و اخرجه البيهقى فى الشعب من وجه آخر عن جابر فيه قصة ، و أخرجه الترمذى من حديث عائشة و صححه - و اخرجه مسلم ايضا ، و اخرجه الحاكم من حديث ام هانىء فى قصة مرفوعا « نعم الادام الخل يا ام هانىء ! لا يفقر بيت فيه خل » ، و اخرجه البيهقى فى شعبه من حديث ايمن فى قصة مرفوعا به ، لكن هذه المتون غير صريحة فى المقصود مع ان العموم يكون ظنيا عند الخصوم ؛ و بعد النظر يعلم انه لا عموم و لا اطلاق و انما هو محل السكوت عن خصوص مادة مانعة لعروض عارض فلا يرفعه عموم هذا الاطلاق و لا اطلاق هذا العموم ، كما يقال : لحم الغنم حلال ، فلا يشمل عموم حله ان يحل به ما اذا فسد اللحم و انتن ، و لا ان يحل به لحم ذكره وخصيتيه ، بل الأظهر فى المقام ما اخرجه الدارقطنى فى قصة عن ام سلمة مرفوعا فى اهاب شاة ميتة ان دباغها يحله كما يحل خل الخمر ، و فى لفظ : يحل دباغها كما يحل خل الخمر ؛ لكن فى سنده الفرج بن فضالة ، قال الدارقطنى : تفرد به فرج بن فضالة عن يحيى و هو ضعيف ؛ مع ان اصل الكلام فيما تخلل بعلاج و هذا يمكن ان يراد به ما صار خلا بطول المكث ، لكن فى تاريخ الخطيب : قال ابو زكريا : فرج بن فضالة صالح ، و قال ابن المدينى : هو وسط و ليس بالقوى ، و قال احمد : هو ثقة - اه ؛ و روى عنه شعبة و وكيع و غيرهما ، و اخرج له ابو داود و الترمذى و ابن ماجه ، فهو مختلف فيه ، و لا ينزل حديثه عن درجة الحسن ، فيقوم حجة ، و المجتهد قد يترجح عنده رواية مثله اذا احتفت بقرائن ، ومثل هذا كثير فى جامع الترمذى ، فلا يرد ؛ و لو سلم عمومه فهو ظنى عندهم ، و لو سلم انه قطعى الدلالة يجاب بأنه يخص توفيقا بين الأدلة ؛ و دليل الحرمة خبر صحيح مسلم و هو اصح فان مدار ذلك على المجتهد الماهر فى الفن فانه =

= يعلم انه قطعى الدلالة ام لا و انه راجح على ما يظن به انه صحيح، او اصح، و هنا كذلك يؤيده حديث اخرجه البيهقى فى المعرفة عن المغيرة بن زياد عن ابى الزبير عن جابر مرفوعا «خير خلكم خل خمركم» قال البيهقى: تفرد به المغيرة و ليس بالقوى، و ان صح يحمل على ما تخلل بنفسه، و عليه ايضا يحمل حديث فرج بن فضالة - اه؛ لكن فى الأصول ترك المطلق على اطلاقه، و لا يقيد الا بدليل قوى صريح و الا لا، و المغيرة من رجال الأربعة، وثقه وكيع و ابن معين، و قال ابو داود: صالح، و قال النسائى: ليس به بأس، و قال العجلى و ابن عمار و يعقوب: ثقة، و نقل الاجماع على تركه مردود - كما فى ج ١٠ ص ٢٥٩ من التهذيب؛ فلا يبعد ان يتمسك المجتهد برواية مثله فيما يبعد به عن ضرر يلحق بأموال المسلم لا سيما بمال اليتيم و لذا عوض النبى صلى الله عليه و سلم مالا عن اهراق خمر الأيتام - كما سبق.

فهذه الأحاديث حجة لما ذهبوا اليه من جواز التخليل. و الكلام فيها مدفوع - كما عرفت، و لا تنزل عن القياس فهى مقدمة عليه، و الأحاديث التى ظاهرها خلاف ما ذهبوا اليه غير محمولة على التحريم بل على الكراهة لا مطلقا بل على كراهة هذا الفعل لا على كراهة المحل، اى تناوله و اكله و شربه، او هو نهى تنزيه، او واقع على المبالغة و التغليظ و التشديد فى اوائل حال الحرمة كما وقع فى امر الكلاب، و هو كذلك اذا راعيت جميع طرق احاديث تحريم الخمر و التشديد فيه ايقنت بما قلت. فاندفع ما قال ابن ابى شيبة و ثبت ما قال ابو حنيفة و من معه، فانه لم يتفرد به كما عرفت. هذا ايضاح ما قلت به فى كتابى «الأجوبة المنيفة» بزيادة و نقصان و تغيير ترتيب فى ذلك الباب و هو ما عندى الآن؛ و قد اجاد العلامة الكوثرى رحمه الله فى ص ٦٠ من النكت الطريفة فعليك بمطالعتها تجد فيها شفاء صدرك، و مشكل الآثار للطحاوى، و البناية، و عمدة القارئ للحافظ العينى، و معتصر المختصر، و البدائع، و نصب الراية و غيرها من الكتب. و لا يذهب عنك ان ما قال الامام محمد فى هذا الباب من كتاب الحجة هو كاف =

آخر

آخر كتاب الكراهية و الاستحسان[١] و أول :

★ ★ ★

كتاب[٢] المضاربة

= شاف عما اورده ابن ابى شيبة من الاعتراض فى كتاب الرد ، و ما قال اصحابنا فى كتبهم هو توضيح و تشريح لما قاله الامام محمد ،كما علمت - و الله تعالى اعلم بالصواب وعنده علم الكتاب . و الاطالة ان كانت مفيدة لا تكون مملة للأذهان .

* * * * *

(١) قد سبق ان فى الأصل قبل باب المضاربة « آخر كتاب البيوع و الحمد لله رب العالمين » ومسائل الكراهية فى آخر البيوع بدون غنوان الكتاب فأخرجناه من هنا و وضعناه قبل الكراهية ، و زاد الفاضل ابو الوفاء فى نسخته من الأصل عنوان كتاب الكراهة فوضعناه اوله و آخره ، و قال ايضا : لعله سقط بعد هذا بعض بحث البيوع و اول بحث الكراهية لأنها الى ختم « باب ما يكره من خل الخمر » من مسائل الكراهية ، و الله اعلم - اه . و هو كما قال فى الكتاب سقطات كثيرة من اقلام الناسخين و الناقلين .

(٢) قال الفاضل ابو الوفاء : سقط من الأصل لفظ « الكتاب » و لا بد منه هنا ، يدل عليه فى ختم الكتاب « آخر كتاب المضاربة » فلذا زدناه - اه . و فى هذا الباب اغلاط و سقطات كثيرة و تصحيفات كما ستعرف ،وكذا ترتيب الأبواب خلاف ما فى موطأ مالك ، و اهل الحجاز يسمونه « القراض » و اهل العراق يسمونه « المضاربة » و لا يقولون قراضا البته ؛ و لا خلاف فى جوازه ، كان فى الجاهلية فأقر فى الاسلام و عمل به صلى الله عليه و سلم لخديجة قبل البعثة ، و نقلته الكافة عن الكافة - كذا فى شرح الزرقانى .

بسم الله الرحمن الرحيم

باب المضاربة بالعروض

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا ينبغى أن تكون المضاربة بالعروض ، و لا تكون المضاربة إلا بالدراهم و الدنانير ، فان أخذ عروضا مضاربة و جهل ذلك حتى عمل فى ذلك فربح أو وضع فذلك كله لصاحب العرض[١] و عليه الوضيعة ، و للعامل أجر مثله فيما عمل على صاحب العرض[١] ربح أو وضع إلى يوم يتفاصلان[٢] فى المضاربة فيأخذ[٣] صاحب المال ماله . و قال أهل المدينة : لا ينبغى لأحد أن يقارض[٤] أحدا [إلا فى العين لأنه لا تنبغى المقارضة فى العروض لأن المقارضة فى العروض إنما تكون على أحد وجهين : إما أن يقول له صاحب العرض « خذ هذا العرض فبعه فما خرج من ثمنه فاشتر به و بع على وجه القراض » فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من بيع سلعته و ما يكفيه من مؤنتها ، أو يقول « اشتر بهذه السلعة و بع فاذا فرغت فابتع لى مثل عرضى الذى دفعت إليك فان فضل شيء فهو بينى و بينك » و لعل صاحب العرض أن يدفعه إلى العامل فى زمان هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين يرده و قد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض فى حصته من الربح أو يأخذ العرض فى زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى

(١) كذا فى الأصول بالافراد .

(٢) فى الأصول « يتفاضلان » بالضاد المعجمة .

(٣) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « و يأخذ » بالواو .

(٤) فى الأصول « يعارض » تصحيف .

يكثر المال في يديه ثم يغلو ذلك العرض فيرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما في يديه فيذهب عمله و علاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح][١] فان جهل ذلك حتى يمضى[٢] نظر إلى قدر أجر الذى[٢] دفع إليه القراض[٣] في بيعه إياه وعلاجه[٤] فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال[٥] و اجتمع[٦] عينا و يرد إلى قراض مثله . و قال محمد : كان أوله فاسدا و لم يكن مضاربة و لا قراضا[٧] ، و إنما كان أجيرا ثم صار بعد ذلك مقارضا في قولهم بغير أمر أحدث منهما ؛ أرأيتم العرض حين أخذه العامل يبيعه فعمل به أليس كان له أجيرا ؟ قالوا : بلى . قيل لهم : فكيف تحول مقارضا فما الأمر على الأصل[٨] ؟ فان كان أجيرا لم يتحول عن أجرته إلى المضاربة ، و إن كان مضاربا لم يتحول إلى غير ذلك ؛ أرأيتم حين دفع العرض قراضا أى

---

(١) في الأصول « لعرض من العروض او لعرض المضاربة » و هو كما ترى ، و ليس هذا في موطأ مالك و لذا نقلت عبارة الموطأ بتمامها ليظهر لك صحة العبارة و خطأها و هي بين المربعين .

(٢-٢) في الأصول « نظر الى اجر قدر الذى » و هو تحريف .

(٣) في الأصول « بالعرض » و هو تصحيف .

(٤) في الأصول « في بيعه اياه و اقتضاء ثمنه » و هو خطأ .

(٥) كذا في الموطأ ، و كان في الأصول « قراضا اقريض » و هو خطأ .

(٦) كذا في الموطأ ، و في الأصول « و اجمع » و هو خطأ .

(٧) كذا في الأصول ، و هما بمعنى واحد - كما عرفت ، و لعله عطف تفسير اظهارا للغة العراق و الحجاز - تدبر .

(٨) في الأصول « فما الأصل على الأصل » و في الهندية نسخة « فما الأمر » و هو الراجح عندى ، اى : فليس هذا الحكم مبنيا على الأصل .

شيء كان رأس المال فيه؟ قالوا: كان رأس المال عرضا فلذلك[١] أفسدنا القراض. أرأيتم حين اشترى به و باع فنض[٢] فى يده و اجتمع عينا أيتحول القراض فيكون رأس المال؟ قالوا: نعم. قيل لهم: فان كان الذى نض أقل من قيمة العرض أو كان قيمته أكثر من المال الذى نض فى يده أيهما تجعلون رأس المال الذى نض؟ فقد نض من قيمة العرض[٣] فيقسم الربح بعد ذلك فيحصل للقارض ربح قبل أن يستوفى رب المال [رأس ماله][٤] وقد أجمع أهل العلم جميعا أنه لا ربح فى مضاربة حتى يستوفى رأس المال!!

باب الشرط فى المضاربة

محمد قال: قال أبو حنيفة: من دفع إلى رجل مالا و اشترط عليه ان لا يشترى [بمالى][٥] إلا سلعة كذا وكذا لشيء يبقى فى أيدى الناس أو لا يبقى فذلك جائز، وهو على ما اشترطا، ولا ينبغى له أن يشترى غير ما أمره به. و قال أهل المدينة: من اشترط على المضارب[٦] أن لا يشترى

(١) فى الأصول «فكذلك» وعندى باللام هو الصحيح.

(٢) نضيض الماء خروجه من الحجر و نحوه قليلا قليلا، من باب ضرب، ومنه: خذ ما نض لك من دينك، اى تيسر وحصل - مغرب.

(٣) لى فى العبارة قلق. فلعل شيئا منها سقط فانه ذكر فى الاجمال شيئين و فى التفصيل شيئا واحدا، يدل عليه قوله «ايهما - الخ» تدبر.

(٤) سقط من الأصول فزدته حسب اقتضاء السياق.

(٥) سقط من الأصول، و هو فى موطأ مالك.

(٦) فى موطأ مالك «على من قارض».

إلا سلعة كذا و كذا [١] فان كانت تلك السلعة مما يبقى فى أيدى الناس كمثل الحيوان و نحوه فقال « لا تشتر [٢] إلا الحيوان » [٣] أو قال « لا تشتر [٤] إلا البز » [٥] فان هذا جائز لا بأس به، و إن قال « لا تشتر [٤] إلا سلعة كذا و كذا » لسلعة لا تبقى فى أيدى الناس و تختلف فى شتاء أو [٦] صيف فان ذلك مكروه لا ينبغى . و قال محمد: إنما المضارب بمنزلة الوكيل إن شاء رد المضاربة و إن شاء قبلها . و ليس ذلك بأمر لازم، يؤخذ به إن شاء و إن أبى فلا بأس بهذا، إن شاء اشترى و إن شاء ترك، و إن شاء رد المضاربة إذا فات ذلك الشيء و إن شاء لم يرد ، و كذا صاحب المال ليس المضاربة بأمر لازم [عليه] [٧] إن شاء أخذها ما لم يشتر بها صاحبها و إن شاء تركها، فاذا كان

(١) فى الموطأ هكذا : قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا وشرط عليه ان لا يشترى بمالى الا سلعة كذا وكذا او ينهاه ان يشترى سلعة باسمها، قال مالك : من اشترط على من قارض ان لا يشترى حيوانا او سلعة باسمها فلا بأس بذلك، و من اشترط على من قارض ان لا يشترى الا سلعة كذا وكذا فان ذلك مكروه ، الا ان تكون السلعة التى امره ان لا يشترى غيرها كثيرة موجودة لا تختلف فى شتاء و لا صيف فلا بأس بذلك - انتهى .

(٢) فى الأصل « لا تشرى » .

(٣) كذا فى الأصول بالاستثناء و التعريف ، و فى الموطأ « ان لا يشترى حيوانا او سلعة باسمها » كما عرفت .

(٤) فى الأصول « لا تشترى » بالنفى و المقام يقتضى النهى كما لا يخفى .

(٥) كذا فى الأصول بالاستثناء و التعريف، و هو مثل الأول .

(٦) فى الموطأ : لا تختلف فى شتاء و لا صيف .

(٧) سقط لفظ « عليه » من الأصول و المقام يقتضيه فزدته .

أخذها ليس بأمر لازم لم يكن فيه شيء من هذا إن وجد ما أمره به اشتراه و اتجر فيه، و إن لم يجد رد المال على صاحبه ، و إن أراد إمساك المال حتى يجده فيشتريه كان لصاحب المال أن يأخذ المال . فاذا كان لا يجب بفوت ذلك الشيء إمساك لم يفسد فوته شيئا .

باب الرجل يشترى من مضاربة

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا بأس بأن يشترى رب المال من مضاربه بعض ما اشترى من السلع إذا كان صحيحا على غير شرط . و كذلك قال أهل المدينة . و قال بعض أصحاب أبى حنيفة [1] : لا يجوز ذلك لأنه ما اشتراه بماله فلا يكون ذلك شراء و هو على المضاربة على حاله .

و قال محمد : القول ما قال أبو حنيفة و أهل المدينة .

باب السلف فى المضاربة

محمد قال : قال أبو حنيفة فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فأخبره العامل أن المال قد اجتمع عنده و سأله أن يسلفه إياه [2] ففعل : إن ذلك جائز . و قال أهل المدينة : لا يصلح [3] أن يسلفه إياه حتى يقبض صاحب المال ماله ثم يسلفه إياه إن شاء [أو يمسكه] [4] .

قال محمد : و ما بأس بهذا إذا أسلفه إياه فقد خرج من المضاربة و صار سلفا مضمونا و صار ربحه للعامل و وضيعته عليه ، فأى شيء كرهتم

(١) و هو زفر بن الهذيل ، الامام الجليل ، الثقة الحافظ .

(٢) فى الموطأ : ان يكتبه عليه سلفا .

(٣) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « لا يصح » و فى الموطأ « لا احب ذلك حتى يقبض منه ماله » .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول ، و إنما زدناه من موطأ مالك .

من هذا ؟! أرأيتم رجلا أودع رجلا ماله[١] فسأله أن يسلفه إياه أما يجوز ذلك أو حتى يقبضه رب المال ثم يسلفه إياه ؟! هذا جائز ، فكذلك المضاربة إذا صارت فى يد المضارب مالا عينا ، كما لو دفعت إليه وهى فى يده بمنزلة الوديعة إذا أسلفها إياه جاز ذلك وصارت قرضا مضمونا على المضارب وخرج المال من المضاربة .

باب الدين فى المضاربة

محمد قال: قال أبو حنيفة - رضى الله عنهما - فيمن دفع إلى رجل دينا فى مضاربة فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين و ربح فى المال ثم هلك [الذى أخذ المال][٢] قبل أن يقبض المال: إن القاضى إذا رفع ذلك إليه جعل للميت وصيا رضيا[٣] لقبض[٤] المال فيدفع إلى صاحب المال رأس ماله وحصته من الربح، و يدفع إلى ورثة الميت حصتهم من الربح، و إن كان الميت أوصى إلى إنسان فهو الذى يتقاضى[٥] المال . و قال أهل المدينة: إن شاء[٦] ورثة العامل [٧]أن يقتضوا المال[٧] وهم على شرط أبيهم[٨] من الربح [فذلك لهم][٩]

---

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «مالا» .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول، و زيد من الموطأ .

(٣) فى الأصول: «رضا» تصحيف .

(٤) كذا فى الهندية ، و فى الأصل «بقبض المال» و لعل الصواب «ليقبض» .

(٥) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب «يقتضى» .

(٦) فى الموطأ «ان اراد» .

(٧-٧) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ «أن يقبضوا ذلك المال» .

(٨) فى الأصول «و هو على شىء طابيهم» و هو تصحيف - كما لا يخفى .

(٩) سقط ما بين المربعين من الأصول .

إذا كانوا أمناء عـلى ذلك، و إن[١] كرهوا أن يتقاضوه[٢] [و خلوا بين صاحب المال و بينه لم يكلفوا أن يقتضوه، و لا شيء عليهم][٣] و لا شيء لهم فيه[٤] إذا سلموه[٥] إلى رب المال، و إن[٦] اقتضوه فلهم فيه من الشرط [و النفقة][٣] مثل الذى كان لأبيهم[٧] [فى ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم][٣] [٨]إذا كانوا أمناء[٨]. فان لم يكونوا أمناء [على ذلك][٣] فان عليهم[٩] أن يأتوا بأمين يقبض[١٠] ذلك [المال، فاذا اقتضى جميع المال و جميع الربح كانوا بمنزله أبيهم][١١] و إن لم يفعلوا[١٢] وخلوا[١٣] بين صاحب المال و بين اقتضاء المال كله

(١) فى الموطأ «فاذا».

(٢) كذا فى الأصول، و فى الموطأ «يقتضوه» و هو الصواب.

(٣) ما بين المربعين ساقط من الأصول، و زيد من الموطأ.

(٤) لم تذكر كلمة «فيه» فى الموطأ.

(٥) فى الموطأ «اسلموه».

(٦) فى الموطأ «فان» بالفاء.

(٧) فى الموطأ «مثل ما كان لأبيهم».

(٨-٨) قوله «إذا كانوا امناء» لم يذكر فى الموطأ فى هذا المقام.

(٩) فى الموطأ «لهم».

(١٠) كذا فى الأصول، و فى الموطأ «فيقتضى».

(١١) هذا كله ساقط من الأصول، و زيد من الموطأ.

(١٢) هذا تكرار، فانه بمعنى قوله «و ان كرهوا ان يقتضوه - الخ» المار قبله.

(١٣) فى الأصول «وحالوا» وهو خطأ، والصحيح «وخلوا» من التخلية لا من الحيلولة.

الربح و غيره فذلك جائز [و لا شيء عليهم] [١] و لا شيء لهم فيه .

و قال محمد : و كيف تحولت حصتهم من الربح لصاحب المال و قد وجب لأبيهم قبل موته و وجب لهم ميراثا بعد موت أبيهم أو وهبوا [٢] ذلك فليس هذا هبة أو استجاره الورثة فليس هذا باجارة [٣] لهم ، و هذا حق لا يبطله إن اقتضاه صاحب المال أو غيره ، و لكن إن تشاحوا على اقتضائه أجبر الورثة [على] [٤] أن يقيموا وصيا للميت رضيا [٥] يرضى به الفريقان جميعا يتقاضى [٦] و يرفع [٧] ذلك إلى القاضى فيكون هو الذى يجعله ، فان لم يجدوه إلا بأجر فأجره فى مال الميت لأن الميت لو كان حيا أجبر على تقاضيه [٨] ، و إن كره ذلك فكذلك صار أجره فى ماله بعد موته ، فأما [٩] أن يكون فى مال من الربح وجب للمضارب قبل موته ثم تحول إلى غيره ، فليس هذا بشيء ، أرأيتم لو كان رأس المال ألف درهم فربح المضارب قبل موته ألف درهم و كانت المضاربة على النصف أليس قد وجب للمضارب من الربح

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول ، و زيد من الموطأ .

(٢) و فى الأصول « أو وهبوا » و الصواب « أوهبوا » - ف .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « باجازة » بالزاى .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول ، كما لا يخفى .

(٥) فى الأصول « رضى » و الصواب « رضيا » .

(٦) كذا فى الأصول « يتقاضى » بعد قوله « للميت » فأخرته . وقوله « يتقاضى » بمعنى يقتضى .

(٧) فى الأصول « يدفع » بالدال و هو خطأ .

(٨) كذا فى الأصول ، و لعله بمعنى الاقتضاء - كما فى الباب .

(٩) كذا فى الأصول ، و المقام مقام الواو اى « و اما » .

خمسمائة درهم قبل موته بعمله[1] و بيعه و شرائه ! ؟ فيصير هذا المال بعد أن وجب للضارب إذا مات لورثته لا يتقاضاه رب المال بقول ورثة المضارب[2] فابتاع[3] مالا يخرج من ملك رجل بغير بيع و لا هبة و لا صدقة و لا إجارة ، و لكن التقاضى على الميت بعد موته فى ماله كما إن عليه فى حياته يستأجر عليه من مال الميت رجل أمين يتقاضاه حتى يخرج فيستوفى رب المال رأس ماله و يكون [4]ما بقى من الربح[4] بين رب المال و المضارب الميت[5] إن كان عليه دين فقضى منه و إلا كان ميراثا لورثته .

باب الرجل يدفع إليه مالا مضاربة فيبيع بالدين

محمد قال : قال أبو حنيفة - رضى الله عنهما : من دفع ماله مضاربة فباع بالدين فبيعه جائز ، و لا يضمن إلا أن يكون قد نهى عن الدين ، و إن كان قد نهى ضمن ذلك . و قال أهل المدينة : إن باع بالدين ضمن[6] و هو لازم له[7] ، إن باع بالدين [فقد ضمنه][8] .

و قال محمد : إذا دفع إليه المال مضاربة فلم يأمر بشىء و لم ينه عنه

(١) كذا فى الهندية و هو الصواب ، و فى الأصل « جمله » تصحيف لايناسب المقام .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « لا يتقاضاه » بعد قوله « المضارب » قبل قوله « فابتاع » و لم يذكر فى الأصل - ف .

(٣) تأمل فى العبارة ، و لى فيها قلق .

(٤ - ٤) فى الأصول « ما بقى ربح » و هو خطأ سقط منه حرف « من » .

(٥) كذا فى الهندية و هو الصواب ، و فى الأصل « للميت » .

(٦) فى الموطأ « مما باع به عن دين فهو ضامن » .

(٧) فى الموطأ « ان ذلك لازم له » .

(٨) ما بين المربعين ساقط من الأصول و زيد من الموطأ .

فله أن يصنع فيه ما يصنع التجار فى أموالهم من البيع بالنقد و النسيئة ؛ و هل يربح الناس عامة أرباحهم إلا فى النسيئة !؟ ألا ترى أن المضارب إذا دفع إليه المال مضاربة و لم يسم له ما يشترى كان له أن يشترى جميع التجارات ! فكذلك له أن يشترى و يبيع بالنقد و النسيئة حتى ينهى عن ذلك.

باب المحاسبة فى المضاربة

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يجوز للمضارب و رب المال أن يتفاصلا[1] و المال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفى رب المال رأس ماله ، ثم يقسمان الربح على شرطهما . وكذلك قال أهل المدينة . و هو قول محمد - رضى الله عنه .

باب الرجل يدفع إلى رجل مالا مضاربة ثم جاءه بمال[2] فقال هذا[3] حصتك من الربح

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم جاءه فقال « هذه حصتك من الربح و قد أخذت لنفسى مثله و رأس مالك عندى وافر ما وفر إنى[4] » لا أحب ذلك و لا يكون قسمته حتى يحضر المال كله و يحاسبه[5] و يعلم أنه وافر و يصل إليه ، [ثم يقتسمان الربح

(١) فى الأصول بالضاد المعجمة و هو خطأ .

(٢) كذا فى الهندية ، و لفظ « بمال » ساقط من الأصل - ف .

(٣) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ « هذه » و هو الأرجح .

(٤) فى الأصول « وافر ما اقرانى » بالقاف تصحيف و تحريف ، و الصواب « وافر ما وفر انى » بالفاء على زنة فاعل بمعنى : كامل ، لا من الاقرار .

(٥) كذا فى الأصول « و يحاسبه » . و الصواب « فيحاسبه » بالفاء .

بينهما] [١] ثم إن شاء رده على مضاربته و إن شاء أمسكه . و قال أهل المدينة أيضا: لا يستحب [٢] ذلك حتى يحضر المال كله فيحاسبه [٣] [حتى يحصل رأس المال] [٤] و يعلم أنه وافر و يصل إليه ، [ثم يقتسمان الربح بينهما] [٤] ثم إن شاء رده عليه على قراضه و إن شاء أمسكه [٥] . و هذا كله قول محمد ، و قول [٦] غير أبى حنيفة كله من [أهل] [٧] العراق : لا يضره أن لا يقبض المال منه إذا حضر و اقتسما الربح . و قول أبى حنيفة أحب إلينا ، لا يكون لهما ربح حتى [٨] يستوفى رأس المال [٨] - و الله أعلم .

باب الرجل يدفع إليه المال مضاربة فيشترى منه جارية فيطأها ثم يدعى الحبل

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال جارية فوطئها فحملت

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول و زيد من الموطأ - راجع ص ٢٩١ منه - ف .

(٢) فى الموطأ « قال : لا احب ذلك » .

(٣) كذا فى الموطأ ، و فى الأصول « و يحاسبه » بالواو .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول و زيد من الموطأ .

(٥) فى الموطأ : ثم يرد اليه المال او يحبسه .

(٦) كذا فى الأصول ، و الصواب « و قال » .

(٧) سقط ما بين المربعين من الأصل و لابد منه .

(٨-٨) و فى الأصل « يستوفى فى رأس المال » و هو من سهو قلم الناسخ ، و الصواب ما فى الهندية « يستوفى رأس المال » .

منه فادعى الحبل و نقص المال: إنه ينظر فى الجارية يوم حملت و ادعى الولد فان كان فيها فضل عن رأس المال كانت أم ولده و غرم رأس المال حتى يوفيه رب المال وحصته من الربح وحوسب بحصته من الربح إن كان فى المال ربح، و إن لم يكن فيها فضل رأس المال يوم وطئها لم تكن أم ولده و بيعت و استوفى رب المال رأس ماله، و لم يجز ما صنع المضارب من ذلك. و قال أهل المدينة: إن اشترى[1] جارية من ربح المال [أو من جملته][2] فوطئها فحملت منه و نقص[3] المال فان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله [4]فأوفى بها المال[4] [5]فما كان بعد وفاء المال[5] فهو بينهما على شروطهما[6]، و إن لم يكن له مال[7] بيعت الجارية حتى يوفى[8] المال من ثمنها.

و قال محمد: إن كان عتق منها شيء بحملها منه فليس ينبغي أن تباع الجارية كان له مال [أو لم يكن له مال][9]، و إن لم يكن جرى فيها عتق بحملها منه فلتبع كان له مال أو لم يكن له مال، فأما ما قال أهل المدينة

(١) فى الموطأ «ثم اشترى».

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول، و زيد من الموطأ.

(٣) كذا فى الأصول «و نقص» بالواو، و فى الموطأ «ثم نقص».

(٤-٤) فى الموطأ «فيجبر به المال».

(٥ - ٥) كذا فى الأصول، و فى الموطأ «فان كان فضل بعد وفاء المال».

(٦) فى الموطأ: على القراض الأول.

(٧) فى الموطأ «وفاء» مكان «مال».

(٨) فى الموطأ: حتى يجبر.

(٩) سقط ما بين المربعين من الأصول، و لا بد منه.

فليس له وجه؛ أرأيتم الجارية هل جرى فيها عتق بدعوته ما فى بطنها؟ أو هل صار شيء منها بمنزلة أم الولد لا تباع أم الولد أو هى أمة على حالها؟ لا بد من أحد هذين الأمرين: إما [أن][1] يكون جرى فيها ما جرى فى أم الولد أو جرى [عتق][1] فى شيء منها، و إما أن تكون أمة تباع لم يجر فيها شيء من ذلك، فان كان شيء من ذلك جرى فيها فليس ينبغى أن تباع موسرا كان أو معسرا، فان كانت له أمة لم يجر فيها شيء من ذلك فلا بأس ببيعها موسرا كان المضارب أو معسرا.

باب الرجل يدفع إلى رجل مالا مضاربة و يأمره أن يعمل فيه برأيه

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة و أمره أن يعمل فيه برأيه فاشترى سلعة و زاد ثمنها من عنده: إن المضارب شريك صاحب المال فى الربح و النقصان بحساب ما زاد فيها من عنده. و قال أهل المدينة: إن دفع إليه مالا قراضا فتعدى فاشترى به[2] سلعة و زاد فى ثمنها من عنده فصاحب المال بالخيار إن بيعت سلعته[3] بربح أو نقصان[4] أو لم تبع، إن شاء [5] أن يأخذ المال[5] و قضاه ما زاد من عنده فيها[6]، و إن أبى كان المقارض شريكا له [بحصته من الثمن][7] فى النماء

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول، يدل عليه ما قبله و ما بعده من التقسيم.
(٢) فى الأصول «بها» و هو خطأ.
(٣) و فى الهندية «سلعة» تصحيف.
(٤) فى الموطأ «او وضيعة».
(٥-٥) كذا فى الأصول. و فى الموطأ «أن يأخذ السلعة أخذها» و هو الصواب.
(٦) فى الموطأ: ما اسلفه فيها.
(٧) سقط ما بين المربعين من الأصول و زيد من الموطأ.

و النقصان بحساب ما زاد [العامل][1] فيها من عنده .

و قال محمد : كيف صار هذا هكذا ! أما للضارب أن يشترى بمال[2] المضاربة إلا سلعة كاملة ؛ أرأيتم لو اشترى بعض سلعة بمال المضاربة نصفا أو ثلثا أما كان ذلك جائزا ؟ فاذا كان ذلك يجوز و اشترى به و بمال من ماله سلعة فلم يتعد فى شيء ، إنما هذا رجل اشترى من مال المضاربة بعض هذه السلعة فيقسم السلعة النقصان[3] و النماء على قدر مالهما ، و لا يكون هذا فى ضمان ، و ليس لصاحب المال أن يأخذ السلعة كلها ، إنما اشترى له من ماله حصة منها[4] - و الله أعلم .

باب الرجل يدفع المال[5] مضاربة[6] و لم يأمره أن يعمل فى ذلك برأيه

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة و لم يأمره أن يعمل برأيه فى ذلك و لم يأذن أن يدفعه مضاربة فدفعه المضارب إلى رجل آخر مضاربة فربح أو وضع : إن المضارب الأول ضامن لرأس المال لرب المال إن كان فيه ربح أو وضيعة ، و يأخذ المضارب الأول من المضارب الثانى رأس المال فان كان فيه نقصان فعلى المضارب

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول و زيد من الموطأ .

(٢) فى الأصول « بالمال » و هو خطأ .

(٣) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « على النقصان » فسقط حرف « على » منها ؛ والله اعلم - ف .

(٤) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « منهما » تصحيف .

(٥) كذا فى الأصول ، و لعل قوله « إلى الرجل » سقط منها ؛ و الله اعلم - ف .

(٦-٦) قوله « و لم يأمره أن يعمل فى ذلك برأيه » كذا فى الهندية وهو الصواب ، و فى الأصل « فاستسلف منه العامل » مكان « و لم يأمره - الخ » و هو من تصرفات الناسخ .

الأول، و إن كان فى ذلك ربح كان بين المضارب الأول و المضارب الآخر على ما اشترطا، و ينبغى للضارب الأول أن يتصدق بحصته و لا يأكله لأنه ربح ما خالفه و ضمنه، و لا شيء لرب المال من ربح المال، و لو شاء رب المال ضمن رأس المال للمضارب الآخر و للضارب الآخر على المضارب الأول بما ضمن من ذلك لأنه غرّه منه لرب المال. [و قال أهل المدينة فى رجل أخذ من رجل مالا قراضا ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضا بغير إذن صاحبه: إنه ضامن للمال، إن نقص فعليه النقصان][1]، و إن ربح فلرب المال[2] [3]شرطه من الربح[3] ثم يكون للذى عمل شرطه[4] مما بقي [من الربح][1].

و قال محمد: كيف يكون المقارض[5] الأول ضامنا للمال لرب المال؟! فان كان فى المال[6] ربح كان شرطه[4] لرب المال، إذا وجب الضمان لرب المال على المقارض بطل ربح المال، و لا يجتمع لرب المال ضمان ربحه و ماله؛ و بلغنا[7] عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه نهى عن ربح

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول، و زيد من موطأ الامام مالك - راجع ص ٢٨٩ منه.

(٢) فى الموطأ «فلصاحب المال».

(٣-٣) فى الأصول «شطر الربح»، و هو خطأ.

(٤) فى الأصول «شطره» و هو خطأ.

(٥) فى الأصول «المتقارض».

(٦) كذا فى الأصل، و فى الهندية «للمال».

(٧) اسنده فى كتاب الآثار من حديث عتاب بن اسيد؛ و اخرجه اصحاب السنن الأربعة من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص =

ما

ما لم يضمن، فهذا المال فى ضمان المقارض الأول لرب المال، و كيف يكون ربحه لرب المال إنما يكون ربحه للذى يضمنه! و قد اجتمعنا نحن و أهل المدينة أنه لا يكون ما سلف مقارضة!! فهذا بمنزلة المال السلف و لا يكون مقارضة، و هو مضمون لا يجتمع الضمان و الربح.

أخبرنا محمد قال: أخبرنا خالد بن عبد الله عن المغيرة الضبى عن إبراهيم النخعى فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة و نهاه عن النسيئة فقال: إن شاء ضمن و تصدق بربحه؛ فكذلك نقول[1]، إذا خالف فى شيء مما أمره به أو شيء مما نهاه عنه و ضمن و كان له الربح، إلا أنه يعجبنا أن يتصدق به و لا يأكله.

باب الرجل يدفع المال مضاربة فاستسلف منه العامل

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فاستسلف منه العامل مالا فاشترى به سلعة لنفسه بغير أمر صاحبه: إن استسلافه باطل، و ما اشترى من ذلك فهو على المضاربة، و إن ربح فالربح بينهما على ما اشترطا، و الوضيعة على مال[2] المضاربة. و قال أهل المدينة: صاحب المال[3] بالخيار، إن شاء شركه فى السلعة على نحو قراضهما[4]

= رفعه. و رواه الطبرانى مرفوعا من حديث حكيم بن حزام. و قد مر تخريجه فى كتاب البيوع ص .. ص .. و حديث عمرو بن شعيب رواه الامام ابو حنيفة رحمه الله - كما فى عقود الجواهر و نصب الراية. و التفصيل قد سبق فى كتاب البيوع فراجعه.

(١) فى الأصول «يقول» بالغيبة.

(٢) فى الأصول «المال» و هو خطأ.

(٣) لعل الصواب «إن صاحب المال» فسقط لفظ «إن» من الأصول - و الله اعلم.

(٤) فى الأصول «قراضهما» و هو خطأ.

و ن شاء خلى بينه و بينها و أخذ [منه][1] رأس ماله ، أىّ ذلك شاء فعل[2] .

قال محمد . إذا قال المضارب « إنى استسلف هذا المال » بغير محضر من رب المال و لا رضاه أيجوز له ما قال من ذلك ؟ ما قوله ذلك وسكوته إلا سواء لأن ذلك لا يجوز على رب المال ، فاذا كان ذلك لا يجوز على رب المال فكأنه لم يقله ، و يكون ما اشترى من ذلك على المضاربة على حاله كأنه لم يتكلم بذلك ؛ أرأيتم رجلا دفع إلى رجل ألف درهم و أمره أن يشترى له جارية بها فقال له المأمور « نعم » و أخذ المال على ذلك فلما خرج من عنده وجد جارية رخيصة فقال « اشهدوا أنى اشتريت هذه الجارية لنفسى بمال فلان الآمر الذى [3]أمرنى بشراء الجارية[3] » ثم نقد مال فلان الآمر و أخذ الجارية أيجوز هذا للمأمور و تكون له الجارية ؟! ليس هذا بشيء ، و الجارية للآمر ، و قول المأمور باطل ، فكذلك المضاربة .

باب الكراء[4] فى المضاربة

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فاشترى بـه سلعة ثم حملها إلى بلدة التجارة فبارت[5] عليه و خاف

---

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول .

(٢) ليس ذلك فى الموطأ ، بل فيه : و كذلك يفعل بكل ما تعدى .

(٣-٣) فى الأصول « امر من شراء الجارية » و هو خطأ .

(٤) فى الأصول « القضاء » و هو عندى تصحيف ، و الصواب « باب الكراء فى المضاربة » لأن مسائل الباب منه . و فى الموطأ « الكراء فى المضاربة » .

(٥) قال فى المغرب : بارت السلعة كسدت . من باب طلب - اه . و فى الموطأ « بار » مذكرا . لأن قبله « فاشترى به متاعا » .

النقصان إن باع[1] فتكارى عليها[2] [إلى][3] بلد[4] آخر فباع بنقصان فاغترق[5] الكراء أصل المال كله: إن جميع ما اشترى[6] من ذلك المضارب فهو متطوع فيه، و لا شيء له من ثمن السلعة لأنه حين اشترى بالمال سلعة كان متطوعا حتى اكترى عليها لأن رب المال لم يأمره بذلك فيجوز على رب المال، و لكنه لو اشترى السلعة ببعض [المال][7] و بقى من المال ما يكترى به عليها فهذا يجوز له أن يرجع فيما بقى من المال، فأما إذا اشترى برأس المال سلعة ثم اكترى من عنده فذلك شيء تطوع به لا يرجع فى رأس المال و لا فى ربحه إن كان و لا على رب المال. و قال أهل المدينة: إذا اشترى بالمال سلعه[8] ثم حملها إلى بلد [التجارة][3] فبارت عليه وخاف النقصان إن باعها[9] فتكارى عليها[10] إلى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله: إنه إن كان فيما باع به وفاء بالكراء[11] فسبيل

(١) فى الموطأ «باعه».

(٢) فى الأصول «عليه»، و هو خطأ.

(٣) سقط ما بين المربعين من الأصول، و زيد من الموطأ.

(٤) فى الأصول «بلدا» بالنصب.

(٥) فى الأصول «فاغترف»، و هو خطأ، و الاغتراق: الاستيعاب.

(٦) لى فيه قلق لعله «اكترى» من الكراء - تأمل.

(٧) سقط ما بين المربعين من الأصول.

(٨) فى الموطأ «متاعا».

(٩) فى الأصول «باع»، و فى الموطأ «باعه»؛ و فى الأصول المرجع مؤنث.

(١٠) كذا فى الأصل، و فى الهندية «عليهما» بتثنية الضمير - تصحيف.

(١١) كذا فى الأصول، و فى الموطأ «للكراء».

ذلك، و إن بقى من الكراء شىء بعد ذلك ذهاب[1] أصل المال كان على العامل، و لم يكن على رب المال [منه][2] شىء يتبع به .

و قال محمد: إنما أمره رب المال أن يتجر فى ماله، فاذا اشترى بماله كله طعاما فلم يبق عنده من المال شىء ثم اكترى على الطعام فى حمولة بدراهم فانما ذلك عليه لأنه اكترى على ذلك بدراهم و ليس فى يده من المضاربة دراهم إنما فى يده طعام فليس له أن يكترى على المضاربة[3] بغير ما فى يده فيها فان فعل فذلك شىء تطوع به؛ أرأيتم لو اشترى جارية بدراهم يريد أن تكون على المضاربة و المضاربة قد تحولت فى يده أ كانت الجارية من المضاربة و قد اشتراها بغير[4] ما فى يده من المضاربة ؟ أ فلا ترون أن ثمن الجارية فى ماله خاصة و لا يكون على المضاربة و تكون الجارية له؟ فكذلك الكراء يلزمه فى ماله خاصة، و لا يكون على المضاربة و هو متطوع فيه لأنه إنما أمره رب المال أن يتجر فى ماله و لم يأمره أن يستدين شيئا و إذا اشترى بالمال كله ثم استدان على المال الكراء و غيره و رب المال لم يأمره بذلك إنما استدان على نفسه. انما ينبغى له إن أراد هذا أن يبقى من المال ما يتكارى به، فاذا لم يبق شيئا[5] فليبع بعض السلعة التى اشتراها ثم يتكارى بثمن ذلك حتى لا يتكارى بدين إذا

(١) كذا فى الأصول، و ليس فى الموطأ لفظ «ذهاب» .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول و زيد من الموطأ .

(٣) فى الأصول «المضارب» و هو خطأ، الصواب «المضاربة» .

(٤) كذا فى الأصل، و فى الهندية «لغير» .

(٥) كذا فى الأصول و هو الصحيح «و لم يبق» من الابقاء لا من البقاء فرفع الشىء لا يصح .

كان

كان لم يأمره صاحب المال أن يستدين .

باب اختلاف رب المال و المضارب فى الربح

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فعمل به فربح [فيه ربحا] [١] فقال العامل « عاملتك [٢] على أن لى الثلثين » و قال رب [٣] المال « [قارضتك] [٤] على أن لك النصف » [٥] : إن القول قول رب المال و عليه فى ذلك اليمين لأن المال ماله و الربح ربح فى ماله فالقول قوله . و قال أهل المدينة : القول قول العامل و عليه فى ذلك االيمين إذا كان ما قال [يشبه قراض] [١] مثله و [كان] [١] ذلك [نحوا] [١] مما يتعامل [٦] عليه الناس و إن جاء بأمر مستنكر [٧] و ليس على مثله يتعامل [٦] الناس فى قدر حال قراضهما و شرطهما [٨] لم يصدق و رد إلى عمل [٩] مثله .

و قال محمد : كيف كان القول قول العامل فى ربح مال و هو مقر بأنه

---

(١) سقط ما بين المد بعين من الأصل و زيد من الموطأ .

(٢) فى الموطأ « قارضتك » .

(٣) فى الموطأ « صاحب » .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول و زيد من الموطأ ص ٢٩٢ .

(٥) فى الموطأ : ان لك الثلث .

(٦) فى الموطأ « يتقارض » .

(٧) فى الموطأ « يستنكر » مضارعا .

(٨) ليست هذه العبارة فى الموطأ وعدمها لا يخل بالمقصود .

(٩) فى الموطأ « قراض » .

ربح مال غيره ؟! أرأيتم لو قال رب المال «ما دفعته مقارضة ما دفعته إلا بضاعة و ما شرطت له ربحا»، و قال الآخر «دفعته إلى مقارضة بالثلثين» أكان يصدق على[1] هذا و قد أقر أن المال ماله و الربح ربح ماله ليس يصدق على شيء من هذا؟ أرأيتم لو قال رب المال «كنت أجيرا فى المال بعشرة دراهم كل شهر» و قال العامل «كل المال معى مضاربة و شرطت لى الثلثين من الربح» أكان يصدق على ذلك؟! ما كان ينبغى أن يشكل عليكم هذا؛ إنما المال و ربحه لرب المال، و القول قوله فيما ذكر أنه شرط للعامل مع يمينه و على العامل البينة.

باب رجل يدفع إلى رجل المال مضاربة فاشترى[2] به السلعة فوجد المال قد سرق

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة[3] فاشترى به سلعة[4] ثم ذهب ليدفع إلى رب السلعة المال فوجد المال قد سرق بعد ما اشترى: إن المضارب يرجع على رب المال بمثل ذلك المال يدفعه الى البائع و يأخذ السلعة فتكون على المضاربة. فان كان فى ذلك ربح فأرادا[5] القسمة فان رأس مال رب المال فى المضاربة المال

(١) كذا فى الأصل، و كذا فى الموطأ، و فى الهندية «و على» تحريف.

(٢) كذا فى الهندية، و فى الأصل «و اشترى» - ف.

(٣) كذا فى الأصل، و لفظ «مضاربة» ساقط من الهندية - ف.

(٤) سقط هنا من الأصل عبارة كثيرة حتى ذهب الباب كله و شيء من أول الباب الآتى، فما ذكر هاهنا كله من الهندية - ف.

(٥) فى الأصول «أرادوا» بالجمع و هو خطأ.

الذى سرق [و المال الذى أعطاه ثانيا][1] الأول و الآخر، و لا ربح لواحد منهما حتى يستوفى رب المال المالين جميعا، فاذا استوفاهما قسم ما بقى و هو الربح بينهما على ما اشترطا[2] فى أصل المضاربة على الربح لأنه لا ربح فى هذه المضاربة حتى يستوفى رب المال جميع ماله . و قال أهل المدينة[3]: يلزم العامل [المشترى][4] أداء ثمنها إلى البائع و يقال لرب[5] المال: إن شئت أن تدفع[6] الثمن إلى المقارض [و السلعة بينكما][4] تكون السلعة قراضا [على ما كانت عليه المائة الأولى، و إن شئت][4] فأبرأ من السلعة فان دفع الثمن[7] إلى العامل كانت[8] قراضا على سنة القراض الأول، و إن أبى كانت [السلعة][4]

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول، و كان هنا بياض فى الأصول فزدته من عندى اصلاحا له و ان كان صحة المعنى بدون هذه الزيادة ايضا - كما لا يخفى .

(٢) فى الأصول «ما اشترط» بالافراد .

(٣) عبارة الموطأ هكذا: فى رجل اعطى رجلا مائة دينار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة الدينار فوجدها قد سرقت فقال رب المال «بع السلعة فان كان فيها فضل كان لى و ان كان فيها نقصان كان عليك لأنك انت ضيعت» فقال المقارض: بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بمالك الذى اعطيتنى؛ قال مالك يلزم العامل - الخ .

(٤) ما بين المربعين زيد من الموطأ .

(٥) فى الموطأ «لصاحب» .

(٦) فى الموطأ: ان شئت فأد المائة الدينار .

(٧) فى الموطأ «المائة الدينار» مكان «الثمن» .

(٨) كذا فى الموطأ . و فى الأصول «فكانت» .

للعامل و كان عليه[1] ثمنها .

و قال محمد : كيف تكون [السلعة][2] للعامل و قد اشتراها يوم اشتراها لرب المال بماله على المقارضة و رب المال الذى أمره بالشراء فعليه أن يخلصها[3] فيما أمره و لم يحدث المضارب حدثا يوجب[4] عليه أداء الثمن من ماله إنما اشتراه لرب المال و المال يومئذ له فعليه أداء ثمنها و يكون على المضاربة ما اشتريت عليه أول مرة إلا أن رأس المال فيهما المالان[5] جميعا لأن رب المال نقد فى هذه المضاربة مالين فرأس ماله جميع ذلك ، و لا ربح حتى يستوفى جميع المالين ؛ أرأيتم المضارب إذا قال [له][6] رب المال « لأعطيه[7] الثمن » ؟ قالوا : إذن يكون ذلك على المضاربة . قيل لهم : أرأيتم المضارب هل تعدى فيما[8] أمره به ؟ [قالوا : لا][9] هل رأيتم أحدا أمر بشراء [شيء][10] فان كان المأمور اشتراه على ما أمره [أما][11] صار للآمر ؟!

(١) فى الأصول « له » و فى الموطأ « عليه » و هو الصحيح .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول ، و زيد للتوضيح .

(٣) فى الأصول « يخلصه » .

(٤) فى الأصول « يجب ان كان هذا صحيحا » فلابد من زياده كلمة « به » كما لا يخفى و لذا غيرته بـ « يوجب » و هو أهون من السقوط .

(٥) فى الأصول « المالين » و هو خطأ .

(٦) سقط الظرف من الأصل و زيد ليصح الكلام .

(٧) فى الأصول « لا اعطيه » تأمل فيه هل له معنى صحيح ام لا .

(٨) فى الأصول « ما » بدون « فى » الظرفية .

(٩) سقط من الأصول و لابد منه .

(١٠) سقط لفظ « شيء » من الأصول .

(١١) سقط لفظ « اما » من الأصول ، وعبارة الأصول هكذا : على ما امره صار للآمر .

ما

ما ينبغى أن يشكل هذا عليكم ؛ أرأيتم رجلا دفع إلى المأمور مائة درهم[١] و أمره أن يشترى له [بها][٢] جارية بعينها [فاشتراها][٢] فضاع المال فهل [لا][٣] ينفذ و يجوز[٤] للآمر أن يلزم المأمور بقليل أو كثير و ما كان له فيها حاجة ؟! هذا مما لا ينبغى أن يخفى ، إن هذا لا يلزم المأمور و لكن المأمور يأخذ الثمن من الآمر فيدفعه إلى البائع و يقبض الجارية فيدفعها إلى الآمر .

باب إذا تفاسخا فبقى عند أحدهما شىء من المضاربة

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى المضاربين إذا تفاصلا فبقى عند العامل[٥] [٦] من المتاع الذى يعمل فيه[٦] [٧]خلق قربة[٧] أو ثوب[٨] أو أشباه ذلك[٩] إن ذلك كله تافها كان أو غير تافه من مال[١٠] المضاربة لا يترك

(١) فى الأصول « من درهم » « من » تصحيف « مائة » .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول .

(٣) فى الأصول « فهل ينفذ يجوز » و هو كما ترى فزدت حرف « لا » قبله .

(٤) زدت واو العطف قبله ليكون مدخول « هل » و الضمير فى قوله « و ما كان له » راجع الى المأمور - تدبر .

(٥) فى الموطأ : بيد العامل .

(٦-٦) كذا فى الموطأ ، و فى الأصول « من المتاع ما الذى يعمل به » و هو كما تراه .

(٧-٧) فى الأصول « حلف فرية » و هو تصحيف ، و الخلق : البالى ، و القربة بالقاف و الباء الموحدة بينهما راء مهملة مشهور .

(٨) فى الأصول « أو ثوبا » ؛ و فى الموطأ « خلق القربة او خلق الثوب » و لذا جررتها فى الصلب ليدخل تحت « خلق » .

(٩) و فى الموطأ : أو ما اشبه ذلك .

(١٠) فى الأصول « المال » و هو خطأ .

منه شيء للمضارب . و قال أهـــل المدينة : إن كان ذلك تافها لاخطب[1] له فهو للعامل .

و قال محمد : ما بين التافه و غير التافه فرق ، لئن كان للعامل التافه يكون له أيضا غير التافه ، فان كان له غير التافه فما التافه[2] و غير التافه و ما مجراهما فى الحق إلا سواء ، و ما يبطل حق امرئ مسلم لو كان تافها إذا كانت له فيه [حاجة يرد][3] قليله و كثيره ؛ أخذ أهل المدينة فى هذا الحكم بالصرف[4] و كرهوا أن ينظروا فى القليل و نظروا [فى الكثير][5] ما بين القليل و الكثير فى موضع الحق فرق و لرُبّ قليل أنفع[6] لصاحبه إذا كان محتاجا إليه من كثير عند غيره لا حاجة به إليه[7] .

باب الرجل يدفع إلى الرجل مالا مضاربة فاشترى به سلعة فقال رب المال بعها و قال المضارب لا

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجـــل دفع إلى رجل مالا مضاربة فاشترى به سلعة فقال رب المال « بعها » و قال المضارب « لا أرى

(١) كذا فى الموطأ ، و فى الأصول « حظ » و هو خطأ .

(٢) و فى الأصول « ماله للتافه » و الصواب « فما التافه - الخ » .

(٣) ما بين المربعين زدته اصلاحا للمعنى تأمل فيه ، و فى الأصول « اذا كانت له فيها » .

(٤) كذا فى الأصول ، و تأمل فيه هل هو مصحف ام لا ، و لى فيه قلق .

(٥) زدت ما بين المربعين لتصحيح العبارة و إلا يختل المعنى .

(٦) فى الأصول « امتع » و فى هامشه كان نسخة « انفع » فأدخلناه فى الأصل لأنه اوضح و ان كان لأمتع معنى صحيح . و « رب » حرف جر كما لا يخفى .

(٧) جميع الباب بسبب السقطات مختل النظام - فالى الله المشتكى .

وجهه،[١] و اختلفا[٢] فى ذلك: إن المضارب يُجبَر على بيعها رأى وجه بيع أو لم ير، لأن لرب المال أن يأخذ ماله منه و لا يدعه. و قال أهل المدينة: لا ينظر [فى][٣] ذلك إلى قولها[٤] و لكنا نسأل[٥] عن ذلك أهل المعرفة و البصر بتلك السلعة فان رأوا وجه البيع[٦] بيعت عليهما، و إن رأوا وجه الامساك أمسكت[٧].

و قال محمد: و كيف تمسك[٨] و رب المال يريد أخذ ماله؟ أرأيتم لو لم ير لها[٩] وجه بيع عشر سنين أو عشرين سنة أ كانت[١٠] تترك حتى يرى لها وجه بيع زمانا إذا أراد صاحب المال بيعها حتى إذا رأى لها وجه بيع لم يره.

٭ ٭ ٭

آخر كتاب المضاربة، و الحمد لله رب العالمين.

---

(١) كذا فى الأصول، و فى الموطأ «وجه بيع» مكان «وجهه».

(٢) فى الموطأ «فاختلفا» بالفاء.

(٣) زدت «فى» الظرفية للاصلاح كما تراه.

(٤) فى الموطأ «لا ينظر الى قول واحد منهما و يسأل» بالغيبة.

(٥) كذا فى الأصول بالتكلم.

(٦) فى الموطأ: وجه بيع.

(٧) فى الموطأ: و ان رأوا وجه انتظار انتظر بها - اه. قال الزرقانى فى ج ٣ ص ١٦٦ من شرحه: قال الكوفيون و الشافعى: تباع السلعة فى الوقت، لأن لكل واحد منهما عنده نقض القراض عند العمل و بعده لأنه عقد غير لازم - اه.

(٨) فى الأصول «يمسك».

(٩) فى الأصول «لو لم يريا له».

(١٠) بزيادة الاستفهام حسب اقتضاء المقام. و قد بقى كثير من مسائل المضاربة و ابوابها كما هو ظاهر و لعلها سقطت من اقلام الناسخين، كما يعرف من موطأ مالك.

بسم الله الرحمن الرحيم

أول

كتاب الحبس

باب الرجل يقول دارى حبس على فلان

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه: إذا قال الرجل «دارى حبس على فلان و عقبه من ولده لا يباع و لا يورث» فهذا باطل، و للذى جعلها حبسا أن يرجع فيها، و إن مات كان ميراثا لورثته، و الحبس باطل. وقال أهل المدينة: هذا جائز، فان انقرض كل من جعلت له رجعت إلى أولى الناس بالذى جعلها حبسا عليهم على حالها[1] لا يباع و لا يوهب و لا يورث.

و قال محمد: وكيف جازت للذى حبسها عليهم وكانوا قد ملكوها لورثتهم[2] أولى بها من غيرهم! و لئن كانوا لم يملكوها ما لهم أن يبطلوا ميراث الذى حبسها بغير ملك صارت لهم، وكيف صارت حبسا على غير من حبست عليه إذا انقرضوا؟ لئن كان إنما حبسها عليهم بسكناها إنه لينبغى إذا انقرضوا أن يرجع ميراثها لورثة الذى حبسها، و لا تكون حبسا لمن[3] يحبسها عليه؛ أرأيتم رجلا قال «دارى هذه حبس» و لم يسم لمن حبسها عليه أيجوز؟ قالوا: لا، وهى ميراث لو رثته. قيل لهم: فينبغى إذا جعلها

(١) فى الأصول «حالهم».

(٢) اللام فيه مفتوحة و ليست بجارة - تدبر.

(٣) كذا فى الأصول، وعندى الصواب «على من» تدبر. قلت: و لعل الصواب «ميراثها لمن لم يحبسها عليه» - ف.

حبسا

حبسا على إنسان و قبضها ذلك الانسان فصيرتموها[١] حبسا عليه و لم تملكوه[٢] رقبتها ثم مات الذى حبست عليه أن يردها ميراثا لأنها إنما حبست على إنسان بعينه فاذا مات فكأنما حبسها[٣] على إنسان بغير عينه فترجع[٤] ميراثا لورثة الأول[٥] .

---

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « فيصير » و لعل الصواب « فتصير » .

(٢) كذا فى الأصول وهو الصواب ، خطابا لأهل المدينة ومناسبا لقوله «فصيرتموها» ؛ قال العلامة المفتى - حفظه الله : و الصواب « و لم يملكه » - ف .

(٣) كذا فى الأصول و هو الصواب ؛ قال العلامة المفتى ؛ و الصواب « حبست » - ف .

(٤) فى الأصول « فيرجع » بالغيبة ، تصحيف .

(٥) اعلم ان الوقف عند الامام على قسمين : احدهما لازم مؤبد خارج عن ملك الواقف و ان لم يحكم به حاكم كالمسجد و نحوه و هو عنده يخالف سائر الأوقاف ، و الثانى وقف جائز غير لازم الا بأحد الأمرين : اما ان يحكم به القاضى او يخرجه مخرج الوصية لأن لفظه لا ينبئ عن الاخراج عن ملكه بل عن الابقاء فيه لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها ، بخلاف قوله « جعلته مسجدا » فانه لاينبئ عن ذلك ليحتاج الى القضاء بزواله ، فاذا اذن بالصلاة فيه قضى العرف بزواله عن ملكه غير متوقف على القضاء . ومن قال « لا يجوز الوقف عند ابى حنيفة » فقد اخطأ ، و الباب لا يخالف قولى هذا فقد قال فى الاسعاف : هو جائز عند علمائنا ابى حنيفة و اصحابه و انما الخلاف بينهم فى اللزوم وعدمه ، فعنده يجوز جواز الاعارة فتصرف منفعته الى جهة الوقف مع بقاء العين على حكم ملك الواقف ، و لو رجع عنه حال حياته جاز مع الكراهة ، و يورث عنه ، و لا يلزم الا بأحد الأمرين : اما ان يحكم به القاضى او يخرجه مخرج الوصية ، وعندهما يلزم بدون ذلك و هو الصحيح و هو قول عامة العلماء ؛ ثم ان ابا يوسف يقول : يصير وقفا بمجرد القول ؛ لأنه بمنزلة الاعتاق عنده وعليه الفتوى =

= وقال محمد: لا الا بأربعة شروط، ستأتى. والملك يزول عن الموقوف بأربعة شروط: بافراز مسجد فانه يلزم بلا قضاء، و بقضاء القاضى بلزومه او بخروجه عن ملكه، و بالموت اذا علق الوقف به فانه وصية لازمة فلا يجوز التصرف فيه ببيع و غيره بعد موته لما يلزم من ابطال الوصية وذا لا يجوز، و بقوله «وقفتها فى حياتى و بعد وفاتى» مؤبدا. قال فى الدر المختار: فانه جائز عندهم، لكن عند الامام ما دام حيا هو نذر بالتصدق بالغلة فعليه الوفاء و له الرجوع ، و لو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث؛ قلت: فى هذين الأمرين اى فيما اذا علقه بالموت و فيما اذا قال «وقفتها فى حياتى و بعد مماتى» له الرجوع ما دام حيا غنيا او فقيرا بأمر قاض او غيره - شرنبلالية اه. و قد استوى الأمران من حيث انهما يفيدان الخروج و اللزوم بموت الواقف بخلاف الأمر الأول و الرابع و هما ما اذا حكم به حاكم او افرزه مسجدا فانهما يفيدان الخروج و اللزوم فى حياته بلا توقف على موته - كما فى الشرنبلالية؛ فاللزوم فيهما حالى و فى الآخرين مالى - كذا فى رد المحتار. و راجع لذلك: الاسعاف و البحر الرائق و رد المحتار و الدر المختار و البدائع و غيرها من كتب الفقه.

اذا عرفت هذا فاعلم ان الحافظ ابن ابى شيبة قال فى المسألة التاسعة عشر من كتاب الرد: حدثنا ابن علية عن ابن عون عن نافع عن ابن عمر قال: اصاب عمر ارضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه و سلم فسأله عنها فقال: اصبت ارضا بخيبر لم اصب مالا قط عندى انفس منه فما تأمرنى؟ فقال: ان شئت حبست اصلها و تصدقت بها؛ قال: فتصدق بها عمر؛ غير انه لا يباع اصلها و لا يوهب و لا يورث فتصدق بها فى الفقراء و القربى و فى الرقاب و فى سبيل الله و ابن السبيل و الضيف، لا جناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف او يطعم صديقا غير متول فيه؛ حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه ألم تر ان حجرا المدرى اخبرنى ان فى صدقة النبي صلى الله عليه و سلم يأكل منها اهلها بالمعروف و غير المنكر؛ و ذكر ان ابا حنيفة قال: يجوز للورثة ان =

= يردوا ذلك - انتهى . قلت : قد علمت مذهب الامام مفصلا فنسبة ابن ابي شيبة اليه في جواز رد جميع اقسام الوقف الى الورثة خطأ ، وقف المسجد لا يرد ، و الوقف الذي حكم بلزومه الحاكم لا يجوز رده ، و الوقف الذي مات عليه الواقف لا يجوز رده الى الورثة ، و ايفاء الوصية لازم و انفاذها واجب ، و انما الكلام في الوقف الذي لم يحكم بلزومه الحاكم فالاطلاق و الارسال - كما صدر من ابن ابي شيبة - غلط يوقع الناس في الغلط و هو لا يليق بشأن العلم .

الثاني : جواز الرد ليس عنده على الاطلاق بل صرحوا بأنه مكروه عنده و الكراهة تحريمية - كما ثبت في محله - فان الرد مخالف و مضاد لما قاله من « اني وقفت داري وجعلتها حبسا لله حيا وميتا » فهو نقض عهد الله تعالى وخديعة فيورث الكراهة - كما لا يخفى .

الثالث : انه في قسم واحد ايضا لم يتفرد به بل معه زفر و القاضي شريح قبله قائل به وهو قاض في عهد عمر وعثمان وعلي - رضي الله عنهم . قال الحافظ الطحاوي في ج ٢ ص ٢٥٠ من باب الصدقات الموقوفات : ثم هذا شريح و هو قاضي عمر وعثمان وعلي الخلفاء الراشدين المهديين رضوان الله عليهم اجمعين ، قد روى عنه في ذلك ايضا ما قد حدثنا سليمان بن شعيب عن ابيه عن ابي يوسف عن عطاء بن السائب قال : سألت شريحا عن رجل جعل داره حبسا على الآخر فالآخر من ولده فقال : انما اقضي ولست افتي ، قال : فناشدته فقال : لاحبس عن فرائض الله ؛ و هذا لا يسع القضاة جهله و لا يسع الأئمة تقليد من يجهل مثله ، ثم لا ينكر ذلك عليه منكر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم و لا من تابعيهم رحمة الله عليهم - انتهى . و رواه ابن ابي شيبة ايضا في البيوع من مصنفه من طريق وكيع و ابن ابي زائدة عن مسعر بن كدام عن ابي عون عن شريح قال : جاء محمد ببيع الحبس ؛ و أخرجه البيهقي و إسناده هذا على شرط الشيخين و رجاله رجال الصحيحين ؛ و مما سئل شريح غير مجروحة ؛ و أخرجه ايضا =

= في مصنفه من طريق هشيم عن اسمعيل بن ابي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه: لا حبس عن فرائض الا ما كان من صلاح او كراع - اه . و قد اخرجه الطحاوي و الدارقطني من حديث ابن عباس مرفوعا: لا حبس عن فرائض الله ؛ و في اسناده ضعف يسير يشده الأثر المذكور عن علي و شريح على اصول المخالفين ، و قد سرد الطحاوي طرقه .

الرابع: ان الحديث المذكور لا يدل نصا على ما رامه ابن ابي شيبة من الرد على الامام ، بيانه على ما فصله الامام الطحاوي بعد رواية حديث عمر المذكور و خالفهم في ذلك آخرون منهم ابو حنيفة و زفر بن الهذيل رحمة الله عليهما فقالوا: هذا كله ميراث لا يخرج من ملك الذي أوقفه بهذا السبب ؛ و كان من الحجة لهم في ذلك أن رسول الله صلى الله عليه و سلم لما شاوره عمر رضي الله عنه في ذلك قال له « حبس اصلها و سبل ثمرها » فقد يجوز ان يكون ما امره به من ذلك يخرج به من ملكه ، و يجوز ان يكون ذلك لا يخرجها من ملكه و لكنها تكون جارية على ما اجراها عليه من ذلك ما تركها و يكون له فسخ ذلك متى شاء ، كرجل جعل لله عليه ان يتصدق بثمرة نخله ما عاش فيقال له: انفذ ذلك ، و لا يجبر عليه و لا يؤخذ به شاء أو ابى ، و لكن ان انفذ ذلك فحسن و ان منعه لم يجبر عليه ، و كذلك ورثته من بعده ان انفذوا ذلك على ما كان ابوهم اجراه عليه فحسن و ان منعوه كان ذلك لهم ، و ليس في بقاء حبس عمر الى غايتنا هذه ما يدل على انه لم يكن لأحد من اهله نقضه ، و انما الذي يدل على انه ليس لهم نقضه لو كانوا خاصموا فيه بعد موته فمنعوا عن ذلك و لو جاز لكان فيه لعمري ما يدل على ان الأوقاف لا تباع و لكن انما جاءنا تركهم لوقف عمر رضي الله عنه يجري على ما كان عمر اجراه عليه في حياته . و لم يبلغنا ان احدا منهم عرض فيه بشيء ، و قد روى عن عمر ما يدل على أنه قد كان له نقضه: حدثنا يونس قال اخبرنا ابن وهب ان مالكا اخبره عن زياد بن سعد عن ابن شهاب ان =

عمر

= عمر بن الخطاب قال : لو لا انى ذكرت صدقتى لرسول الله صلى الله عليـه و سلم او نحو هذا لرددتها ؛ فلما قال عمر هذا دل ذلك على ان نفس الايقاف للارض لم يكن يمنعه من الرجوع فيها و انه انما منعه من الرجوع فيها ان رسول الله صلى الله عليه و سلم امره فيها بشيء و فارقه على الوفاء بـه فكره ان يرجع عن ذلك كما كره عبد الله بن عمرو ان يرجع بعد موت رسول الله صلى الله عليه و سلم عن الصوم الذى كان فارقه عليه ان يفعله و قد كان له ان لا يصوم ـ انتهى . فعلى هذا الحديث ليس بمخالف لما قاله ابو حنيفة و من معـه بل هو عين مسلكه و مذهبه و الاحتمال الناشى عن الدليل يبطل الاستدلال ، وقد علمت ايضا ان جواز الرد مكروه عند الامام رحمه الله .

الخامس: انك قد عرفت مذهب الامام فى الوقف بأنه لازم اذا حكم بلزومه الحاكم الشرعى ، و الحديث المذكور عين مفاده فان عمر رضى الله عنه حبس ارضا بخيبر ، و رسول الله صلى الله عليـه و سلم الشارع الحاكم القاضى امر عمر رضى الله عنه حين سأله عن ذلك و شاوره فيه بأن « حبس اصلها و سبل ثمرها » فقد لزم الوقف بأمره فلا يجوز للورثة بعده ان ينقضوه و يردوه الى ملكه بل عليهم ان يجروه على ما اجراه مورثهم و هو عين ما قال الامام ابو حنيفة رحمه الله ، و هذا الجواب على التنزل غير ما شرح الطحاوى فى معنى الحديث ، و ليس فى الحديث الصورة التى قال الامام بجواز الرد فيها للواقف او لورثته ، فما فى حديث عمر لا ينكره الامام بل يقول به ، و ما قال الامام به من جواز الرد لا يشمله الحديث و لا يدخـل فيه ، فـكيف الرد به على ابى حنيفة ؟! هذا .

السادس: على سبيل التنزل ان ابا يوسف و محمدا و من معهما من اهل المدينة والبصرة قائلون بالحديث المذكور ، و قول الصاحبين هو قول الامام ابى حنيفة ، فقد ثبت فى محله ان اصحابه قالوا : ما قلنا فى مسألة قولا الا وهو روايتنا عن ابى حنيفة ؛ فليس لأحد قول خارج عن اقواله ، ولذا قال فى الولوالجية من كتاب الجنايات ـ كما فى ج ١ ص ٤٨ =

باب الرجل يحبس داره على أصغر أولاده و على عقبه

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل حبس دارا له على أصغر أولاده و على عقبه من بعده لا يباع و لا يوهب و ذلك فى مرضه فلم يجز الورثة [ذلك] [1]: إن هذا باطل، و هى ميراث بين ورثة [2] الميت. و قال أهل المدينة: تكون حبسا على جميع ورثته من الثلث على قدر مواريثهم، و من هلك من الورثة قبل هلاك الابن الأصغر الذى جعلت

= من رد المحتار: قال ابو يوسف: ما قلت قولا خالفت فيه ابا حنيفة إلا قولا قد كان قاله؛ و روى عن زفر انه قال: ما خالفت ابا حنيفة فى شىء إلا قد قاله ثم رجع عنه؛ فهذا اشارة الى أنهم ما سلكوا طريق الخلاف بل قالوا ما قالوا عن رأى و اجتهاد اتباعا لما قاله استاذهم ابو حنيفة - اه. و فى آخر الحاوى القدسى: و إذا اخذ بقول واحد منهم يعلم قطعا انه يكون به آخذا بقول ابى حنيفة فانه روى عن جميع اصحابه من الكبار كأبى يوسف و محمد و زفر و الحسن انهم قالوا: ما قلنا قولا إلا و هو روايتنا عن ابى حنيفة؛ و اقسموا عليه ايمانا غلاظا. فلم يتحقق اذا فى الفقه جواب و لا مذهب الا له كيف ما كان، و ما نسب الى غيره الا بطريق المجاز للموافقة - اه. فثبت ان ما قال ابو يوسف و محمد فى مسألة الوقف هو قول ابى حنيفة - رحمهم الله تعالى؛ فعلى هذا الحديث لا يكون مخالفا لما ذهب اليه فانه ايضا قول له. هذا ايضاح ما قلت فى الأجوبة المنيفة فى هذه المسألة، وعن غيرى احسن من هذا، و راجع ص ٤٠ من النكت الطريفة للعلامة الكوثرى رحمه الله فقد أفاد فيها و أجاد مختصرا فى الجواب عنه.

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول - كما لا يخفى.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «لورثة».

حبسا على عقبه من بعده فكان[1] ورثته مكانه على قدر مواريثهم، فاذا انقرض ولد[2] الأصغر الذى حبست عليه فهى[3] حبس على عقب[4] الأصغر الموسى له خاصة دون من بقى من ورثـة الذى حبس [من][5] ولده الآخرين الذين لم يحبس[6] على واحد منهم[6] .

قال محمد : و كيف تصير[7] حبسا على جميعهم من الثلث و إنما حبسها على واحد منهم؟! أرايتم حين حبسها على واحد منهم و على عقبه أجاز الحبس له؟! فان كان جاز له لم يدخل معه واحد فى ذلك، و إن كان لم يجز ذلك فقد بطل الحبس الذى حبس عليه؟ فينبغى أن يرجع ذلك و يكون بمنزلة حبس لم يسم صاحبه من حبس ذلك عليه، إلا أن المسمى قد بطل الحبس له فصار بمنزلة حبس لم يسم صاحبه، و قد قلتم: إذا لم يسم صاحب الحبس حتى يموت الذى حبس بطل الحبس؛ فاذا سمى بطل الحبس الذى سمى وصار مثل[8] ما لم يحبس عليه على قدر مواريثهم فقد صيرتم الحبس ميراثا، فينبغى أن يبطل هذا[9] و يرجع أصله إلى الميراث .

(١) كذا فى الأصول، و لعل الصواب «و كان» .

(٢) فى الأصول «ولد» .

(٣) فى الأصول «فهو» و الصواب «فهى» .

(٤) فى الأصول «عقيب» .

(٥) سقط ما بين المربعين من الأصول - كما لا يخفى .

(٦ - ٦) كذا فى الأصل، و فى الهندية «عليهم» .

(٧) فى الأصول «يصير» .

(٨) فى الأصول «منه» و هو خطأ .

(٩) قوله «هذا» لم يذكر فى الأصول، و فيها بعده «او يرجع» و هو خطأ . و مسائل هذه الأبواب تؤخذ من المدونة الكبرى - فراجع ج ٤ ص ٣٤١ الى ص ٣٥١ من المدونة، و هذا الباب فى ج ٤ ص ٣٤٣ و ٣٤٤ منها ، و سيأتى مزيد بحث =

باب الحبس على ولد الولد و لا ولد لولده يوم حبس

محمد قال : قال أبو حنيفه رضى الله عنه فى رجل حبس حبسا عند الموت على ولد ولده و لا ولد يومئذ لولده : فان هذا باطل ، لأن الوصية لا تقع لمن لم يُخلق و لم يكن . و قال أهل المدينة : يحبس الوصية من الثلث و ينتظر بها ولد الولد فان ولد لولده ذلك كان حبسا على ولد ولده على ما وصفه صاحبه ، و إن أيس[1] أن يكون لولده ولد رجعت الوصية إلى الذى حبس أو ورثة ورثته إن كان له ورثة قد هلكوا ، و إن شاء الذى حبس أن يرجع فيها فى حياته قبل أن يولد له فعل .

و قال محمد : كيف يجوز الحبس على من لم يخلق؟ إنما يجوز الحبس إن جازت[2] إذا كان فيمن حبس عليه إنسان معروف يقبض ما حبس عليه و على أصحابه ، فأما إن يكون أصل الحبس وقع على من لا يقبض و على من لم يخلق فكيف يجوز هذا ؟! أتجيزونه لأنه وصية عند الموت ! فما تقولون فى رجل أوصى برقبة الحبس[3] لولد ولده ملكا و لا ولد لولده أيكون ذلك وصية لهم يحبس عليهم حتى يولد ولد لولده فيكون ذلك لهم [أو][4] فتبطل الوصية و يكون ميراثا ؟ فان كان هذا الوقف عليهم

= فى ذلك فى « باب الرجل يحبس غلامه على رجل إلى أجل » حيث ذكر الامام فيه الآثار التى استدل بها إمامنا الأعظم فى حكم الحبس عنده ، وهى ذكرت فى الباب الذى قبله فى الكلام مع الحافظ ابن ابى شيبة - رحمه الله .

(١) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « ايسر » تصحيف - ف .

(٢) قوله « ان جازت » كذا فى الأصول ، و تأمل فى معناه ، لعله زائد زاده الكاتب سهوا .

(٣) اى بذات الحبس و اصله ، و الرقبة : الذات و الأصل و الشخص و الغلام .

(٤) سقط حرف الترديد من الأصول . و زيد على حسب اقتضاء المقام .

حتى

حتى ينتظر أيكون له أم لا يكون؟ فهذا أمر من الأمور التي لم ينقلها[1] أحد من الفقهاء أن[2] يجوز وصية لمن لم يخلق؛ و إن[3] قلتم: الحبس ليس بمنزلة هذا، فمن أين جاز الحبس لمن لم يخلق و لم يكن و لا يدرى أيكون أم لا يكون و لم يكن[4] معهم[5] من يجوز ذلك له!!

باب الرجل لا ولد له وحبس داره على ولد ولده

محمد قال: قال أبو حنيفة رضي الله عنه في رجل لا ولد له حبس داره على ولد ولده: فان هذا باطل ولد له ولد أو لم يولد، و كذلك إن ولد لولده ولد فهذا باطل. و قال أهل المدينة في رجل لا ولد له حبس داره على ولد ولده: إن له أن يرجع في حبسه قبل أن يولد له ولد، فاذا ولد له لم يكن له أن يرجع و هو على ما وضعه.

و قال محمد رضي الله عنه: و كيف يكون له أن يرجع ما لم يولد له و لا يكون له أن يرجع إذا ولد له و هو لم يجعل الحبس لولده إنما جعل ذلك لولد ولده فاذا لم يولد[6] لولد ولده و يجوز ذلك الولد إلا على ولده

(١) كذا في الأصول، و لعله «لم يقلها».

(٢) بيان لأمر، كقوله تعالى «و ناديناه أن يا إبراهيم» الآية.

(٣) كذا في الأصول بالواو، و الأحسن عندي «فان» بالفاء.

(٤) كذا في الأصل، و في الهندية «و لم يدخل».

(٥) كذا في الهندية، و في الأصل «يبعهم» تصحيف.

(٦) من ههنا الى قوله «و هو انما جعل - الخ» ص ٥٦ س ٣ العبارة مختلة لا يتحصل تركيبها و معناها و لم اصل الى مغزاها بعد الجهد البليغ و الجد الأكيد، فعليك بالتحقيق و التنقير، وهي في جميع الأصول هكذا، فهل هاد يهديني الى سواء السبيل؟ و انى نقلت العبارة بتمامها كما هي، و عليك اصلاحها فاني عاجز عنه.

و يجوز ذلك ولد الولد؟ و ما ان يقول [قائل] [1]: جاز الحبس فليس له أن يرجع فى ذلك، فاما ان يقول قائل له أن يرجع ثم حين تكلم به ما لم يولد [2]؛ و هو إنما جعل الحبس لولد الولد فهذا مما ليس له وجه يعرف.

باب الرجل يحبس داره على ولده و ولد ولده

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل حبس دارا له على ولده و ولد ولده قال: لا يجوز. و قال أهل المدينة: يجوز هذا، و لا يكون لولد البنات منه شىء حتى يسميهن.

و قال محمد: و هذا أيضا خطأ. فى قول من أجاز الحبس ينبغى إذا قال «دارى هذه حبس على ولدى و ولد ولدى» أن يكون ولد البنات من ولد ولده لأن الابنة من ولده فولدها من ولد ولده! أرأيتم الابنة تجعلونها من ولده؟ قالوا: نعم. قيل لهم: فبنتها لا يقال لها بنت بنته! لا بد لمن زعم أن الابنة من ولده أن يزعم أن بنت البنت من ولده! و إلا فلا ينبغى أن تجعل الابنة من ولده - و الله أعلم.

باب الرجل يحبس غلامه على رجل إلى أجل

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل حبس غلامه على رجل إلى أجل و سلمه إليه بماله يعنى بمال العبد ثم بدا له أن يأخذ ماله أو لعل الغلام أن يكون اكتسب عند الحبس عليه مالا فأراد سيد العبد أخذ ماله: إن لسيد العبد أن يأخذ العبد و ماله، و الحبس فى هذا باطل؛ و كان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يجيز شيئا من الحبس على وجه من الوجوه

(١) ما بين المربعين ساقط من الأصول، و زيد ليصح السياق.

(٢) تأمل فى العبارة الى هنا فانها مختلة - كما قلت سابقا.

إلا فى خصلة واحـــدة فى الوصية عند الموت يوصى بخدمة عبد أو بسكنى داره أو بظهر دابته أو بغلة أرضه لرجـــل بعينه أو يوصى بالغلة للفقراء و المساكين فانه كان يجيز هذا من الثلث، فأما ما سوى ذلك فانه كان يراه باطلا. و قال أهـل المدينة: يجوز [حبس] [1] الغلام [بمـاله] [2] للذى حبس عليه، و ليس لسيده أن يأخذ ماله ما دام الغلام حيا، و لا يـكون ذلك الحبس عليه للخدمة. و إن هلك العبد و ترك مالا لم يكن للمحبس [3] عليه من الخدمة من المال شيء و كان ماله لسيده الذى حبسه عليه.

و قال محمد رضى الله عنه: و كيف صار السيد لا يقدر على أخذ مال عبده و إنما حبس خدمته على المحبس عليه فليس له من رقبته شيء و لا من ماله [شيء] [1]؟ قالوا: لأن العبد يتقوى [4] بماله، قيل لهم: و المال للعبد حتى يتقوى به؟ قالوا: نعم. قيل لهم: أرأيتم إن كان مال العبد كثيرا يعلم أنه يقويه [5] بعضه و لا يحتاج إلى كله أينبغى أن يحبس ماله [6] و إن كان ألف درهم على تقوية سنة أو نحو ذلك؟! ليس ينبغى أن يحبس مـال العبد عن سيده و إن جاز الحبس، لأن الحبس إنمـا جاز فى خدمة العبد [7] و لم يجز

---

(١) سقط ما بين المربعين من الأصل.

(٢) ما بين المربعين سقط عندى من الأصول، كما هو فى ابتداء الباب.

(٣) قوله «للمحبس» بالميم كذا فى الهندية وهو الصواب، و فى الأصل «الحبس» تصحيف.

(٤) قيل «يتقوت».

(٥) قيل الصواب «يقوته».

(٦) كذا فى الهندية، ومن قوله «ماله» الى قوله «ان يحبس» ساقط من الأصل - قاله ابو الوفاء فى هامش الأصل.

(٧) و هذا كلام على طريق الالزام - كما لا يخفى.

فى رقبته [و ماله] [١] ، وقد جاءت فى الحبس آثار كثيرة على ما قال أبو حنيفة رضى الله عنه ؛ و لا نعلم أن لكم فى الحبس أثرا واحدا ! قالوا : قد جاءت الآثار عن على و عمر و ابن عمر و زيد بن ثابت رضى الله عنهم أنهم حبسوا أراضيهم . قيل لهم : إنما كان حبس القوم صدقات لهم على الفقراء و المساكين يتصدقون بغلتها فى حياتهم و بعد موتهم ، و هذا عندنا أيضا جائز ، من جعل غلة أرضه صدقة فى حياته و بعد موته [فى الفقراء و المساكين] [٢] أجزنا له ذلك بعد موته كما يجيزه غيرنا [٣] ، فأما الحبس على الولد و ولد الولد و من لا يجوز له الوصية [٤] فهاتوا فى ذلك حديثا واحدا أن أحدا [٥] من اصحاب محمد صلى الله عليه و آله و سلم جعل أرضا له أو دارا له أو عبدا له حبسا على ولده و أولاد [٦] ولده !!

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول ، يدل عليه السياق .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول .

(٣) فى الأصول « كما يجيز غيره » او « كما نجيز غيره » اى غير ما ذكر من جعل الأرض صدقة فى حياته .

(٤) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « وصية » .

(٥) كذا فى الأصل ، وقوله « ان احدا » ساقط من الهندية .

(٦) فى الأصول ، « و لأولاد » و الصواب « و أولاد » و من ههنا ظهر لك ان ما ورد فى الباب من الأحاديث و الآثار بلغ أئمتنا وعندهم فرق بين الصدقة و الحبس على الأولاد و التصدق ثابت عندهم وهم قائلون بـه ، و الحبس لم يثبت فلم يجيزوه ، و بهذا يمكن لك ان تجيب عما قال ابن حزم فى المحلى و أطال اللسان على الأئمة بما هواه نفسه من زعمه براهين على ما أنجمد عليه - و الله يحاسبه و يجازيه عن حقوق الأئمة .

أخبرنا

أخبرنا محمد[1] عن مسعر بن كدام عن ابى عون محمد بن عبيد الله الثقفى[2]

---

(١) كذا فى الأصول ، و لعل واسطة « سفيان ابن عيينة » سقطت من السند لأن ابن حزم رواه عن ابن عيينة عن مسعر و ان كان سفيان و مسعر كلاهما من شيوخ الامام محمد . قال ابن حزم فى ج ٩ ص ١٧٧ من المحلى روينا من طريق سفيان بن عيينة عن مسعر بن كدام عن ابى عون هو محمد بن عبيد الله الثقفى قال قال لى شريح : جاء محمد باطلاق الحبس - انتهى . و رواه ابن ابى شيبة فى البيوع من مصنفه كما فى ج ٣ ص ٤٧٧ من نصب الراية : حدثنا وكيع و ابن ابى زائدة عن مسعر عن ابى عون عن شريح قال : جاء محمد ببيع الحبس - انتهى ، و أخرجه البيهقى - اه . اى فى ج ٦ ص ١٦٣ من السنن من طريق جعفر بن عون عن مسعر به بلفظ : جاء محمد صلى الله عليه و سلم بمنع الحبس - اه .

(٢) هو ابن سعيد ابو عون الكوفى الأعور ، من رجال الستة إلا ابن ماجه - كما فى ج ٩ ص ٣٢٢ من التهذيب ؛ و روى عن ابيه و أبى الزبير و جابر بن سمرة و محمد ابن حاطب الجمحى و الحارث بن عمر و ابن اخى المغيرة و سعيد بن جبير و عبد الله بن شداد بن الهاد وعفان بن المغيرة بن شعبة وعبد الرحمن بن ابى ليلى و أبى صالح الحنفى و شريح القاضى و وراد كاتب المغيرة و غيرهم ، و روى عنه الأعمش و أبو حنيفة ومسعر و محمد بن سوقة و المسعودى و العباس بن ذريح و محمد بن قيس الأسدى وشعبة و الثورى و يونس بن الحارث الطائفى و غيرهم ؛ قال ابن معين و أبو زرعة و النسائى: ثقة ؛ و ذكره ابن حبان فى الثقات ، و قال ابن سعد : توفى فى ولاية خالد على العراق ، وكان ثقة ، و له احاديث ؛ و قال ابو زرعة : حديثه عن سعيد مرسل ؛ وقال ابن شاهين فى الثقات : هو أوثق من عبد الملك بن عمير ! و قال ابن قانع وغيره : مات سنة ست عشرة و مائة - انتهى . و كان فى الهندية بين « أبى عون » و بين « محمد ابن عبيد الله » بياض تركه الناسخ على الاشتباه لكنه فى الأصل متصل ليس فيه بياض ، و أبو عون هو محمد بن عبيد الله الثقفى الكوفى الأعور لا غير ، فترك البياض خطأ .

عن شريح رضى الله عنه قال: كان محمد صلى الله عليه و آله وسلم يبيع الحبس [١] .

أخبرنا محمد قال أخبرنا يعقوب بن إبراهيم قال حدثنا عطاء بن السائب قال: سألنا [٢] شريحا رضى الله عنه عن رجل جعل داره حبسا على الآخر فالآخر من ولده فقال: إنما أقضى و لست أفتى؛ فأعدت عليه المسألة فقال: لا حبس عن فرائض الله [٣] .

محمد قال أخبرنى الثقة [٤] قال حدثنى ابن لهيعة قال حدثنى أخى [عيسى

(١) قال ملك العلماء فى ج ٦ ص ٢١٩ من البدائع: هذا منه رواية عن النبي صلى الله عليه و سلم انه يجوز بيع الموقوف لأن الحبيس هو الموقوف، فعيل بمعنى المفعول لأن الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوسا فيجوز بيعه، و به تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف - اه . اى عند ابى حنيفة و راجع البحر .

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «سألت» .

(٣) رواه الطحاوى عن سليمان بن شعيب عن ابيه عن ابى يوسف به مثله - ج ٢ ص ٢٥٠ من الطحاوى . و أخرجه البيهقى ج ٦ ص ١٦٢ من سننه من طريق يعقوب ابن سفيان: ثنا ابو بكر الحميدى ثنا سفيان ثنا عطاء بن السائب قال: أتيت شريحا فى زمن بشر بن مروان و هو يومئذ قاض فقلت: يا ابا امية! افتنى، فقال: يا ابن اخى! انما انا قاض و لست بمفت، قال فقلت: انى و الله! ما جئت اريد خصومة ان رجلا من الحى جعل داره حبسا، قال عطاء: فدخل من الباب الذى فى المسجد فى المقصورة فسمعته حين دخل و تبعته و هو يقوله لحبيب الذى يقدم الخصوم اليه! اخبر الرجل انه لا حبس عن فرائض الله عز و جل - انتهى . و هو من طريق سفيان رواه الامام محمد مفصلا سيأتى فى الكتاب و هو مروى فى الكتب من طرق .

(٤) تقدم مثل هذا مرارا، و هنا لعله اسد بن عمرو البجلى كما رواه الطحاوى من طريقه: حدثنا الربيع المؤذن قال ثنا اسد قال ثنا ابن لهيعة به نحوه، و رواه ايضا =

ابن لهيعة] [1] قال سمعت عكرمـــة يقول سمعت ابن عباس رضى الله عنهما

= من طريق يحيى بن عبد الله بن بكير و عمرو بن خالد و ابن ابى مريم و عبد الله بن يوسف الدمشقى كلهم عن عبد الله بن لهيعة به ، و عبد الله بن لهيعة قد تقدم ، و هو ليس ممن يترك حديثه بالمرة ، و لا يحتج به ، لا ينزل حديثه عن درجـــة الحسن ؛ و اسد بن عمرو بن عامر البجلى ابو المنذر الكوفى ، قاضى واسط ، قال احمد : صدوق صالح الحديث ، و قال الدارقطنى : يعتبر به ، وقال ابن عدى : لم ار له شيئا منكرا و ارجو انه لا بأس به ، و قال ابن سعد : عنده حديث كثير و هو ثقة ان شاء الله تعالى ، و عن محمد ابن عثمان عن ابن معين : لا بأس به ، و قال عباس الدورى عن ابن معين : هو اوثق من نوح بن دراج و لم يكن به بأس ، وقال ابن عدى : ما بأحاديثه بأس و ليس فى اصحاب الرأى بعد ابى حنيفة اكثر حديثا منه ، و قال ابو داود : صاحب رأى ، ليس به بأس ؛ ومن ضعفه لم يضعفه الا بكونه من اصحاب الرأى و من اصحاب ابى حنيفة « و ما نقموا منهم الا ان يؤمنوا بالله العزيز الحميد الذى له ملك السمٰوات و الأرض » ؛ و الأقوال المذكورة فى التعجيل .

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول ، و هو فى آثار الطحاوى و سنن البيهقى و المحلى و نصب الراية ، و هو فى ج ٢ ص ٣١٧ من ميزان الاعتدال ، قال الدارقطنى : ضعيف . والذهبي لم يزد عليه . و ذكره ابن حبان فى الثقات و ذكر الحديث المذكور - كما فى ج ٤ ص ٤٠٣ من اللسان . و ذكره العقيلى فى الضعفاء و اورد له الحديث المذكور عن روح بن الفرج عن عمرو بن خالد و يحيى بن بكير قالا حدثنا ابن لهيعة به ، و قال : لا يتابع عليه . و ذكره الطبري فى تهذيب الآثار و قال : لا يحتج به . و لعيسى هذا ولد اسمه لهيعة ولى قضاء مصر وحدث عن عمه عبد الله بن لهيعة ، كذا فى لسان الميزان ، فهو مختلف فيه ، و اطلاق القول بالضعف فيه لا يجوز ؛ و كذا عبد الله بن لهيعة ليس متفقا عليه بل هو امام حجة صدوق صالح و ليس فيه الا احتراق =

يقول : لما أنزل الله سورة النساء و أنزل فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم : لا حبس فى الاسلام[1] .

محمد قال أخبرنا هشيم بن بشير[2] قال أخبرنا مطرف بن طريف

= كتبه ، راجع الميزان و التهذيب قد بسطا فى ترجمته ؛ و قد حسن الترمذى حديثه بل صححه . و مع هذا فقد شيده اثر شريح المذكور .

(١) اخرجه الدارقطنى فى سننه فى الفرائض - كما فى نصب الراية ج ٣ ص ٤٧٧ ؛ و رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه موقوفا على علىّ ، و يأتى بعد اثر فى الكتاب ، وقد عرفت ان الطحاوى و البيهقى و ابن حزم ايضا اخرجوه فى كتبهم ؛ و روى الطبرانى فى معجمه : حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح ثنا حسان بن عبد الله الواسطى ثنا ابن لهيعة عن قيس بن الحجاج عن حنش عن فضالة بن عبيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا حبس - اه ؛ فلا يجوز الوقف الذى منع اصحاب الحقوق حقوقهم ، و فرائضهم المقدرة فى الكتاب و السنة ، ولذا رد صلى الله عليه و سلم لمعتاق ستة اعبد و اجاز بيع المدبر ، و نحوهما من النظائر الشرعية ، ألا ترى انه صلى الله عليه و سلم نهى سعد بن ابى وقاص رضى الله عنه عن تصدق جميع المال او النصف حين شاوره فيه الى ان استقر الأمر على الثلث مع قوله الثلث و الثلث كثير ، و لم يكن له وقت المشورة و الوصية الا ابنة واحدة ، و ان تتبعت النظائر الجزئية فى كتب الحديث و احوال الصحابة وجدت ما فيه شفاء لما فى الصدور - هذا .

(٢) فى الأصل « هشام عن بشر » و فى الهندية « هشام عن هشيم بن بشير » كلاهما خطأ ، و الصواب « أخبرنا هشيم بن بشير » هو الواسطى ، و هو ابن القاسم بن دينار السلمى ، ابو معاوية بن ابى حازم الواسطى ، قيل : هو بخارى الأصل - ج ١١ ص ٥٩ من التهذيب . و قد تقدم فى باب الاستسقاء وهناك ايضا « هشام بن بشير » و هو خطأ كما نبهت هناك ، و هشام لم يرو قط عن هشيم بن بشير الواسطى كما هو ظاهر من =

طريف[1] عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود[2] قال قال عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه : لا حبس فى سبيل الله إلا ما كان من كراع أو سلاح[3] .

= ترجمتيهما ، و هشيم هذا فى باب القران عن عبد الرحمن بن اذينة وعنه الامام محمد و الهيثم خطأ ، و هو فى قصر الصلاة من كتاب الحجة عن جعفر بن اياس و عنه الامام محمد رحمهم الله تعالى . و الحديث مع وحدة السند و المتن وقع مكررا فى الأصول وهو من الناقل ، و فيه « لا حبس فى سبيل الله الا من كراع او سلاح » .

(١) و مطرف بن طريف مضى فى باب « الذى يواقع اهله فى الحج » عن عامر الشعبي وعنه خلف ، و هو الحارثى الكوفى - كما فى ج ١٠ ص ١٧٢ من التهذيب ؛ و قد نقله ابن حزم فى ج ٩ ص ١٧٦ من المحلى حيث قال : و اما ابن مسعود فرويناه من طريق سفيان بن عيينة عن مطرف بن طريف عن رجل عن القاسم و هو ابن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابن مسعود انه قال : انه لا حبس الا فى سلاح او كراع - اه . وفيه واسطة بين « مطرف » و بين « القاسم » - تأمل .

(٢) هو المسعودى ، ابو عبد الرحمن الكوفى ، القاضى ، روى عن ابيه وعن جده مرسلا ، وعن ابن عمر وجابر بن سمرة ومسروق وحصين التغلبي وحصين الفزارى ، و ارسل عن ابي ذر وغيرهم ، و هو من رجال الستة الا مسلم - كما فى ج ٨ ص ٣٢١ من التهذيب : روى عنه عبد الرحمن وعتبة ابنا عبد الله المسعوديان و اخوه معن بن عبد الرحمن بن عبد الله و السبيعى و الشيبانى و ابو حنيفة ومسعر بن كدام و عبيد الله بن محيريز وعطاء بن السائب و آخرون ، ثقة كثير الحديث ، كان على قضاء الكوفة ، و كان لا يأخذ على القضاء اجرا ، رجل صالح - كثير السخاء طويل الصمت كثير الصلاة ، مات سنة ست عشرة او سنة عشرين ومائة فى ولاية خالد بن عبد الله على العراق .

(٣) كذا فى الأصول ، و فى المحلى « الا فى كراع او سلاح » .

محمد قال أخبرنا هشيم[1] عن إسمعيل بن أبى خالد عن الشعبى مثله[2] .
أخبرنا محمد عن هشيم عن المغيرة عن إبراهيم النخعى مثله .
أخبرنا محمد قال أخبرنا سفيان بن عيينة عن عطاء بن السائب قال: قلت لشريح: يا أبا أمية! أفتنى؛ قال: يا ابن أخى! إنما أنا قاض و لست بمفت؛ فقلت: إنى و الله! ما أريد خصومة، إن رجلا من الحى جعل داره حبسا، قال: فسمعته و قد دخل و هو يقول لرجل كان يقرب الخصوم إليه أخبر[3] الرجل ألا! لاحبس عن فرائض الله .

---

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «هشيم بن بشير بن بشار» و هو خطأ، و الصواب «هشيم بن بشير بن القاسم بن دينار» كما فى ج ١١ ص ٥٩ من التهذيب .
(٢) و الشعبي عن علي رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه فقال: حدثنا هشيم عن اسمعيل بن ابى خالد عن الشعبي قال قال علـي: لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح او كراع - اه . و لعله سقط من الأصول، و هذا سند صحيح لا شك فيه؛ وفيه رد جلى على ابن حزم فى المحلى حيث انكر رواية علي و قال: لا نعرفها بل نقطع على انها كذب على عليّ - اه . و لم يفرق بين الحبس و الصدقـة، ولذا جزم بكونه كذبا على على رضى الله عنه، و آفته من الفهم السقيم .
(٣) فى الأصول «احبس» وهو خطأ، و الصحيح «اخبر» من الاخبار، و الاصلاح من سنن البيهقى . و قد ذكرته قبل، و عليك بمطالعة البحر الرائق كتاب الوقف ذيل قول صاحب الكنز: و الملك يزول بالقضاء لا الى مالك - الخ؛ لا سيما ج ٥ ص ١٩٤ من البحر؛ و أما وقف رسول الله صلى الله عليه و سلم فانما جاز لأن المانع من وقوعه حبسا عن فرائض الله عز و جل و وقفه صلى الله عليه و سلم لم يقع حبسا عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه و سلم «إنا معاشر الأنبياء لا نورث، ما تركناه صدقة» و أما اوقاف الصحابة فما كان منها فى زمن رسول الله صلى الله عليه و سلم فاحتمل =

أخبرنا محمد قال أخبرنا سلام بن سليم الحنفى عن المغيرة عن إبراهيم قال: كان يقال[١]: كل حبس على سهام الله إلا الفرس و السلاح فى سبيل الله؛ فهذا ما عليه الفقهاء و أهل العلم ببلادنا[٢]، قد روته الفقهاء من كل وجه.

و قال محمد: إنما يجوز الحبس عندنا ما يكون[٣] يرجع آخره إلى الفقراء[٣] و المساكين و ابن السبيل، و لا يرجع[٤] آخره إلى الميراث أبدا، فهذا يجوز لأنه صدقه كصدقات عمر و على[٥] و ابن عمر و زيد بن ثابت رضى الله عنهم[٦]،

= انها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبسا عن فرائض الله تعالى، وما كان بعد وفاته عليه السلام فاحتمل ان ورثتهم امضوها بالاجازة، و هذا هو الظاهر و لا كلام فيه، و انما جاز مضافا الى ما بعد الموت لأنه لما اضافه الى ما بعد الموت فقد اخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا - كذا فى ج ٦ ص ٢١٩ من البدائع. و لى فى بعض اجزائه قلق لا يجيز المقام بيانه.

(١) كذا فى الهندية. و فى الأصل «كان يقول» وعندى الأرجح ما فى الهندية «يقال» اى فى زمن الصحابة و اكابر التابعين فان النخعى من التابعين، و فاعل «قال» ابراهيم - تأمل.

(٢) اى الكوفة و البصرة و نحوهما من العراق، و هذا مثل ما يقوله مالك «عليه وجدنا اهل بلدتنا» اى المدينة.

(٣-٣) فى الأصول «يرجع آخر مال الفقراء»، و هو خطأ.

(٤) فى الأصول «ما لا يرجع»، و هو خطأ.

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية «على و عمر».

(٦) و من هذه ظهر لك بطلان قول من قال: ان احاديث الحبس مرفوعا وموقوفا لم تبلغ أئمة الأحناف. و هى بمرأى منهم، لكن عندهم لها معان و محامل حسنة بأن ما يرجع آخره الى الفقراء و المساكين و ابناء السبيل تأبيدا، و لا يرجع الى الميراث =

= قط، فهو جائز كصدقات عمر و علي و ابن عمر و زيد بن ثابت وغيرهم رضى الله عنهم، سواء كانت قبل نزول النساء او بعدها، و ما لا يرجع الى التابيد كالحبيس على الولد او ولد الولد او غيرهم من الأشخاص المعينين فالحبس باطل، اذ ليس هو بوقف شرعي بل افادة الخير الى احد منهم دون غيره؛ و في قول الامام محمد هذا اشارة الى الجواب عما في كتاب الرد لابن ابي شيبة، كما هو رد على ما في المحلى لابن حزم مجملا، و تفصيله عليك. قال الحافظ الطحاوي في ج ٢ ص ٢٥٠ من آثاره: اما وجه الباب من طريق النظر فان ابا حنيفة و ابا يوسف و زفر و محمدا رحمة الله عليهم وجميع المخالفين لهم و الموافقين قد اتفقوا على ان الرجل اذا وقف داره في مرضه على الفقراء و المساكين ثم توفي في مرضه ذلك ان ذلك جائز من ثلث ماله و انها غير موروثة عنه، فاعتبرنا ذلك هل يدل على احد القولين؟ فكان الرجل اذا جعل شيئا من ماله من دنانير او دراهم صدقة فلم ينفذ ذلك حتى مات، انه ميراث. وسواء جعل ذلك في مرضه او في صحته، الا ان يجعل ذلك وصية بعد موته فينفذ ذلك بعد موته من ثلث ماله كما ينفذ الوصايا، فأما اذا جعله في مرضه و لم ينفذه للمساكين بدفعه اياه اليهم فهو كما جعله في صحته و كان جميع ما يفعله في صحته (يعتبر من جميع ماله) فينفذ من جميع ماله و لا يكون له عليه بعد ذلك ملك، مثل العتاق و الهبات و الصدقات هو الذى ينفذ اذا فعله في مرضه من ثلث ماله، و كان الواقف اذا وقف في مرضه داره او ارضه وجعل آخرها في سبيل الله كان ذلك جائزا باتفاقهم من ثلث ماله بعد وفاته لا سبيل لوارثه عليه و ليس ذلك بداخل في قول النبي صلى الله عليه و سلم «لا حبس على فرائض الله»؛ فكان النظر على ذلك ان يكون كذلك سبيله اذا وقف في الصحة فيكون نافذا من جميع المال و لا يكون له عليه سبيل بعد ذلك قياسا و نظرا على ما ذكرنا. فالى هذا اذهب و به اقول من طريق النظر لا من طريق الآثار لأن الآثار في ذلك قد تقدم وصفي لها و بيان معانيها و كشف وجوهها - انتهى.

و أما

و أما ما كان حبيسا[١] على الولد أو ولد الولد لا يرجع آخره إلى أن يكون صدقة فى الفقراء فهو باطل، آخر كتاب الحبس، وصلى الله على سيدنا محمد و آله وصحبه وسلم.

أول: كتاب الشفعة[٢]

أخبرنا محمد قال: قال أبو حنيفة: الشريك فى الدار أحق بالشفعة من غيره، و إن سلم الشفعة أو لم يكن فيها شريك فالشريك فى الطريق أحق بالشفعة من غيره بعد الشريك فى الدار، فان سلم أو لم يكن فيها شريك فى الطريق فالجار الملاصق للدار أحق بالشفعة من غيره. و قال أبو حنيفة: لا شفعة إلا فى أرض أو دار أو عقار، و لا شفعة فى شىء من الحيوان و لا غيره. و قال أهل المدينة: الشفعة فيما لم يقسم[٣]، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة.

و قد روى أهل المدينة فيما قالوا رواية. و روى أهل العراق فيما قالوا روايات كثيرة. فقال أهل المدينة: إن رسول الله صلى الله عليه و آله

---

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «حبسها» تصحيف.

(٢) كذا فى الأصول، و لعل عنوان «باب من أحق بالشفعة و ما يقع فيه الشفعة» بعد قوله «كتاب الشفعة» سقط من الأصول.

(٣) كذا فى الأصل. و فى الهندية «فيما لا يقسم» و هو خطأ، و ما فى الأصل لفظ الحديث المرسل فى الموطأ: ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه - اه. لكن فى الموطأ: انما الشفعة فيما يصلح ان ينقسم و تقع فيه الحدود من الأرض، فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه - اه.

و سلم لم يقض للجار بالشفعة . و قال أهل العراق: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قضى للجار بالشفعة . فأى القولين أحق أن يؤخذ به؟ و ان يجوز عليه الشهادة من قال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم يقض بكذا وكذا[1] أو[2] من قال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قضى بكذا وكذا[3]؟ و ما أظن أن [يكون فى ذلك][4] بين الناس خلاف[5] أن من شهد بكذا وكذا[1] قد كان أحق أن تقبل شهادته من الذى يقول ان كذا وكذا لم يكن[6] .

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «هكذا هكذا» و هو الأرجح عندى .

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «ومن» بالواو، و السياق يقتضى ان يكون «أو» .

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «هكذا و كذا» و عليه بهامش الأصل تعليق ادخله الناسخ فى الأصل و لم يذكر فى الهندية، و هو: «فيه الاشارة الى ان بينته اولى من بينة النفى مطلقا و فيه تفصيل ذكرناه فى حديثه الاشارة» - كذا .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول، يدل عليه رفع «خلاف» و الا لكان «خلافا» لأنه اسم «ان» .

(٥) و قيل «خلافا» يعنى اذا لم تزد العبارة المذكورة، و الا «خلاف» بالرفع صحيح.

(٦) قال الامام محمد فى باب الشفعة ص ٣٦٦ من موطئه: اخبرنا مالك اخبرنا محمد بن عمارة اخبرنى ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ان عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه قال: اذا وقعت الحدود فى ارض فلا شفعة فيها، و لا شفعة فى بئر و لا فى فحل نخل، اخبرنا مالك اخبرنا ابن شهاب عن ابى سلمة بن عبد الرحمن ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة فيه، قال محمد: قد جاءت فى هذا احاديث مختلفة، فالشريك احق بالشفعة من الجار، و الجار احق =

و من آثار أهــل العراق : أخبرنـا محمد قال أخبرنا أبو حنيفة عن عبد الكريم[١] عن المسور بن مخرمة[٢] عن ابى رافع[٣] قال: عرض على سعد[٤]

= من غيره ؛ بلغنا ذلك عن النبي صلى الله عليه و سلم : اخبرنا عبد الله بن عبد الرحمن ابن يعلى الثقفى اخبرنى عمرو بن الشريد عن ابيه الشريد بن سويد قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : الجار احق بصقبه ، و بهذا نأخذ ، و هو قول ابى حنيفة و العامة من فقهائنا - اه . و قال فى كتاب الآثـار ص ١٣٧ باب العقار و الشفعة : محمد قال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن شريح قال: الشفعة من قبل الأبواب ؛ و لسنا نأخذ بهذا ، الشفعة للجيران المتلازقين ، و هو قول ابى حنيفة ؛ محمد قال: اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا حماد عن ابراهيم قال: لا شفعة الا فى ارض او دار ؛ و به نأخذ و هو قول ابى حنيفة ؛ محمد قال : اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا عبد الكريم عن المسور ابن مخرمة عن ابى رافع : قال عرض علىّ سعد بيتا له فقال : خذه فانى قد اعطيت بـه اكثر مما تعطينى به و لكنك احق به فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول: الجار احق بسقبه ؛ قال محمد : و به نأخذ ، و هو قول ابى حنيفة - انتهى . و فى حديث المسور بن مخرمـة اغلاط ، و قلب فى السند و المتن كثيرة ، بينتها مفصلا فى تعليق على كتاب الآثار وسيأتى بعض منها فى هذا الكتاب ايضا فانتظره .

(١) هو ابن ابى المخـارق - كما فى ج ٢ ص ٦٦ من عقود الجواهر المنيفة و ج ٢ ص ٥١ من جامع المسانيد . و قد سبق فى قوله فى المناسك متى يقطع التلبية ، و هو فى ج ٦ ص ٢٧٦ من التهذيب .

(٢) هو ابن نوفل بن اهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب الزهرى ، ابو عبد الرحمن ، له و لأبيه صحبه ، من رجال الستة - كما فى ج ١٠ ص ١٥١ من التهذيب ، و امه الشفا بنت عوف اخت عبد الرحمن بن عوف ، روى عن النبي صلى الله عليه و سلم وعن ابيه وخاله عبد الرحمن بن عوف و ابى بكر و عمر و عثمان و على و عمرو بن عوف =

= و معاوية و المغيرة و محمد بن مسلمة و ابى هريرة و ابن عباس و جماعة، و عنه ابنته ام بكر و مروان وعوف بن الطفيل رضيع عائشة و ابو امامة سهيل بن حنيف و ابن المسيب و عبد الله بن حنين و ابن ابى مليكة و على بن الحسين وعروة بن الزبير و عمرو بن دينار وغيرهم، وولد بمكة بعد الهجرة بسنتين فقدم به المدينة فى عقب ذى الحجة سنة ثمان، ومات سنة اربع وستين، اصابه المنجنيق و هو يصلى فى الحجر فمكث خمسة أيام و هو ابن ثلاث و ستين، كان من اهل الفضل و الدين، و كان يلزم عمر بن الخطاب - كذا فى التهذيب، و فيه زيادة على ذلك فراجعه : و الحديث فى كتاب الآثار، و ذكره فى الأم تباحثا، و الطحاوى و البخارى .

(٣) فى الأصول «عن رافع» و هو تحريف، و الصواب «عن ابى رافع» كما فى ج ١ ص ٣٠٠ من صحيح البخارى و ج ٢ ص ٢٦٧ من آثار الطحاوى و غيرهما . و الحديث قد وقع فى سنده و متنه اغاليط كثيرة، بينها ابو محمد البخارى فى مسنده، نقله فى ج ٢ ص ٥١ الى ص ٥٦ من جامع المسانيد، ومنه نقله فى عقود الجواهر . و ابو رافع هو القبطى مولى رسول الله صلى الله عليه و سلم، من رجال الستة - كما فى ج ١٢ ص ٩٢ من التهذيب؛ و فى اسمه اقوال، روى عن النبي صلى الله عليه و سلم و عن ابن مسعود، وعنه اولاده : الحسن و رافع و عبيد الله و المعتمر - و يقال المغيرة - وسلمى، و أحفاده: الحسن وصالح و عبيد الله اولاد على بن ابى رافع و على بن الحسين بن على و ابو سعيد المقبرى و سليمان بن يسار و عطاء بن يسار و عمرو بن الشريد بن سويد الثقفى و ابو غطفان المرى و آخرون؛ قال الواقدى: مات بالمدينة بعد قتل عثمان، وقيل: مات فى خلافة على، يقال : انه كان للعباس فوهبه للنبي صلى الله عليه و سلم و أعتقه لما بشر باسلام العباس، و كان اسلامه قبل بدر و لم يشهدها . وشهد احدا و ما بعدها، و قال الزبيرى : كان عبدا لأبي احيحة سعيد بن العاص فأعتق بنوه نصيبهم منه الا خالد ابن سعيد فوهب نصيبه لرسول الله صلى الله عليه و سلم فأعتقه، فكان ابو رافع =

يقول

= يقول انا مولى رسول الله صلى الله عليه و سلم - كذا فى التهذيب .

(٤) فى الأصول « معبد » تصحيف ، و الصحيح « سعد » و هو سعد بن ابى وقاص رضى الله عنه المشترى لبيت ابى رافع ، و قد مضى فى نقض الوضوء بمس الذكر و فى الخطأ و النسيان و فيما يفعله المحرم فتذكره ، و هو مجرور بحرف « على » و ليس المجرور ضمير المتكلم كما فهم ، و المرفوع فى « عرض » و المجرور فى قوله « بيتاله » راجع الى ابى رافع لا الى سعد بن ابى وقاص رضى الله عنه ؛ و قوله « فقال » اى ابو رافع مولى رسول الله صلى الله عليه و سلم - كما فى البخارى . قال ابو محمد البخارى فى ج ٢ ص ٥٤ من جامع المسانيد و الزبيدى فى ج ٢ ص ٦٧ من عقود الجواهر بعد ما اورد اسانيد الكل : اصح ما روى فى هذا الباب ما ذكره زيد بن يحيى و محمد بن قدامة عن يحيى بن موسى عن محمد بن ابى زكريا و ابى مطيع عن ابى حنيفة عن عبد الكريم عن المسور بن مخرمة عن ابى رافع ، و كل من رواه عن رافع بن خديج او رافع مولى سعد فهو خطأ على أبى حنيفة لأن ابا حنيفة رواه عن ابى رافع فظنه من وهم رافعا وسكت عليه ، و زاد بعضهم فى الوهم فظن انه رافع بن خديج ، و ظنه بعضهم رافعا مولى سعد ، وشك بعضهم فأسقط رافعا وجعل الخبر عن المسور بن مخرمة عن سعد ، وجعله بعضهم عن رجل اذ لم يحفظ اسم ابى رافع ؛ و كل هذه الأغاليط عمن دون ابى حنيفة لا عن ابى حنيفة ، بين ذلك محمد بن ابى زكريا و ابو مطيع وحفظاه ، و كان ابو مطيع حافظا متقنا . و الدليل عليه ما حدثنا عبد الصمد بن الفضل و اسمعيل ابن بشر قالا اخبرنا مكى بن ابراهيم عن ابن جريج ، قال البخارى ، و اخبرنا عبد الله ابن محمد بن على عن محمد بن ابان عن روح بن عبادة عن ابن جريج و زكريا بن اسحاق قالا اخبرنا ابراهيم بن ميسرة ان عمرو بن الشريد قال : وقفت على سعد بن ابى وقاص فجاء المسور فوضع يده على منكبى اذ جاء ابو رافع مولى رسول الله صلى الله عليه و سلم =

بيتا له فقال: خذه فانى قد أعطيت أكثر مما تعطينى به و لكنك أحق به لأنى سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: الجار أحق بالشفعة.

أخبرنا محمد قال أخبرنا عبد الله بن عبد الرحمن بن يعلى بن كعب[1]

= فذكر الحديث؛ قال البخارى: اخبرنا عبد الله بن محمد بن نصر و ابراهيم بن اسمعيل قالا اخبرنا الحميدى اخبرنا سفيان عن ابراهيم بن ميسرة - الحديث؛ قال: و قد روى عن وجوه ان الكلام كان بين ابى رافع وسعد و المسور بن مخرمة، فعلمنا ان الصحيح ابو رافع مولى رسول الله صلى الله عليه و سلم - اه. و الحديث اخرجه البخارى و الطحاوى و البيهقى و غيرهم.

(١) فى الأصول «مالك» و هو خطأ؛ و الصواب «كعب» و هو فى ج ٥ ص ٢٩٨ من التهذيب، ابو يعلى الثقفى الطائفى، من رجال مسلم و أبى داود و النسائى و ابن ماجه و الأدب المفرد للبخارى، روى عن عمرو بن الشريد بن سويد الثقفى و عثمان بن عبد الله بن اوس و عمرو بن شعيب وعطاء بن ابى رباح وعبد ربه بن الحكم بن سفيان الثقفى و المطلب بن عبد الله بن حنطب و غيرهم. وعنه الثورى ومعتمر بن سليمان و مروان بن معاوية وعبد الأعلى بن عبد الأعلى و ابو خالد الأحمر و وكيع و ابن مهدى و قران بن تمام الأسدى و ابن المبارك و ابو عاصم و ابو نعيم و غيرهم: قال ابن معين: صالح، و قال النسائى: يكتب حديثه، و ذكره ابن حبان فى الثقات: و وثقه ابن المدينى، و قال ابن عدى: يروى عن عمرو بن شعيب احاديث مستقيمة و هو ممن يكتب حديثه، و قال الدارقطنى: طائفى يعتبر به، و قال العجلى: ثقة، و قال ابن ابى مريم عن ابن معين: ليس به بأس؛ و قال ابو حاتم: ليس بقوى لين الحديث، و قال النسائى: ليس بذلك القوى، و قال عثمان عن ابن معين ضعيف، و قال البخارى. فيه نظر - اه.

الثقفي عن عمرو بن الشريد[١] عن أبيه الشريد[٢] بن سويد[٣] قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الجار أحق بشفعته[٤] .

(١) كذا في الأصل، و في الهندية «الثريد» وهو تصحيف. و الصواب بالشين المعجمة كما في الترمذي و البخاري و النسائي و ابن ماجه و الطحاوي و الموطأ و ابن حبان و ابي يعلى - كما في ج ٤ ص ١٧٢ من نصب الراية و التهذيب؛ و هو من رجال السنة الا الترمذي، ابو الوليد الثقفي الطائفي، روى عن ابيه و ابي رافع و سعد بن ابي وقاص و ابن عباس و المسور و آخرين. و عنه ابراهيم بن ميسرة و عبد الله بن عبد الرحمن بن يعلى و يعلى بن عطاء و محمد بن ميمون بن مسيكة الطائفيون و بكير بن الاشج و عمرو ابن شعيب و صالح بن دينار و غيرهم؛ قال العجلي: حجازي تابعي ثقة، و ذكره ابن حبان في الثقات - قاله في التهذيب .

(٢) كذا في الأصل، و في الهندية «الثريد»، و هو خطأ كما عرفت. و في ج ٤ ص ٣٣٢ من التهذيب: (بخ م د تم س ق) الشريد بن سويد الثقفي له صحبة، و قيل: انه من حضرموت و عداده في ثقيف، روى عن النبي صلى الله عليه و سلم، وعنه ابنه عمرو و ابو سلمة بن عبد الرحمن و عمرو بن نافع الثقفي و يعقوب بن عاصم الثقفي بالشك في بعض الروايات؛ قلت: قال ابو نعيم: اردفه النبي صلى الله عليه و سلم وراءه، وقيل: اسمه مالك، و وفد على النبي صلى الله عليه و سلم فسماه «الشريد» وشهد بيعة الرضوان؛ و علق البخاري له حديثا في كتاب القرض - انتهى .

(٣) في الأصول «مرثد» وهو خطأ - كما عرفت الآن .

(٤) في موطأ محمد «بصقبه» اي بشفعته. و في حديث عمرو بن الشريد عند الدارقطني: قيل: ما السقب؟ قال: الجوار. و في نصب الراية ج ٤ ص ١٧٥: و في معجم الطبراني: قيل لعمرو بن الشريد: ما السقب؟ قال: الجوار؛ و في مسند ابي يعلى الموصلي: قال: الجار احق بسقبه يعني شفعته - اه. قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث: =

أخبرنا محمد قال أخبرنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي بكر بن حفص عن شريح قال: كتب إلىّ عمر بن الخطاب رضى الله عنه

= الصقب بالصاد ما قرب من الدار، و يجوز ان يقال «سقب» فيكون السين عوض الصاد لأن فى آخر الكلمة قاف، و كذا لو كان فى آخر الكلمة خاء او غين او طاء فتقول «صخر» و «سخر» و «صدغ» و «سدغ» و «سطر» و «صطر» فان تقدمت هذه الحروف الأربعة السين لم يجز ذلك فلا يقال «خصر» و «خسر» و لا «قصب» و «قسب» و لا «غ س» و «غرص» - انتهى كلامه . و راجع هامش هذا الموضع من نصب الراية فانه مهم جدا لاسيا للاديب الذكى . قال القارئ - كما فى تعليق الموطأ : الحديث اخرجه ابو داود و البخارى و النسائى و ابن ماجه و احمد - اه؛ و الطحاوى و الدارقطنى و البيهقى و غيرهم، و قد عرفت . و اخرج البخارى فى صحيحه عن عمرو ابن الشريد عن ابى رافع مولى النبي صلى الله عليه و سلم انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: الجار احق بسقبه .

(١) فى الأصل «حصين» وهو تصحيف، و الصحيح «حفص» - كما فى ج ٢ ص ٢٦٨ من آثار الطحاوى و ج ٥ ص ١٨٨ و ج ١٢ ص ٢٤ من التهذيب؛ هو عبد الله بن حفص ابن عمر بن سعد بن ابي وقاص الزهرى، ابو بكر المدنى، مشهور بكنيته، روى عن ابيه وجده و ابن عمر و سالم بن عبد الله بن عمر و انس و عبد الله بن حنين وعبد الله ابن محيريز و عروة و ابى سلمة و سلمان الأغر و عبد الله بن عامر بن ربيعة وحسن بن حسن بن على و الزهرى و غيرهم، و عنه ابن جريج و زيد بن ابى انيسة و ابان بن عبد الله البجلى و بلال بن يحيي العبسى و سعيد بن ابى بردة و شعبة و محمد بن سوقة و مسعر و جماعة؛ قال النسائى: ثقة، و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال: كان راويا لعروة؛ قلت: و قال العجلى: ثقة، و قال ابن عبد البر: قيل: كان اسمه كنيته؛ و كان من اهل العلم و الثقة اجمعوا على ذلك - انتهى . من رجال الستة .

أن

أن : اقض للجار [الملازق] [١] بالشفعة ؛ فقال : كان شريح يقضى للرجل من أهل الكوفة على الرجل من أهل الشام .

أخبرنا محمد قال أخبرنا خالد بن عبد الله عن عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء بن أبى رباح عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم : الجار أحق بشفعته [٢] ، ينتظر بها ، و إن كان غائبا إذا كان طريقهما واحد .

---

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول وهو فى ج ٢ ص ٢٦٨ من آثار الطحاوى . و الحديث اخرجه الطحاوى : حدثنا احمد قال ثنا يعقوب قال ثنا ابن عيينة عن عمرو ابن دينار عن ابى بكر بن حفص ان عمر رضى الله عنه كتب الى شريح ان يقضى بالشفعة للجار الملازق - اه .

(٢) كذا فى كتاب الأم ج ٣ ص ٢٣٣ و فى سنن ابى داود ج ٢ ص ١٢٠ و آثار الطحاوى ج ٢ ص ٢٦٥ « بشفعة جاره » . و الحديث رواه اصحاب السنن الأربعة و الطحاوى و البيهقى و غيرهم عن عبد الملك بن ابى سليمان عن عطاء بن ابى رباح عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : الجار احق بشفعة ، جاره ينتظر بها و ان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا - اه . قال الترمذى : حديث حسن غريب و لا نعلم احدا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن ابى سليمان عن عطاء عن جابر و قد تكلم شعبة فى عبد الملك من اجل هذا الحديث ، و عبد الملك ثقة مأمون عند اهل الحديث لا نعلم احدا تكلم فيه غير شعبة من اجل هذه الحديث - اه . و قال المنذرى فى مختصره : قال الشافعى : يخاف ان لا يكون محفوظا ، و ابو سلمة حافظ و كذلك ابو الزبير . و لا يعارض حديثهما بحديث عبد الملك ؛ و سئل الامام احمد عن هذا الحديث فقال : هو حديث منكر ؛ و قال يحيى : لم يحدث به الا عبد الملك ؛ و قد انكره الناس عليه ، و قال الترمذى : سألت محمد بن اسمعيل البخارى عن هذا =

= الحديث فقال: لا اعلم احدا رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به، و روى عن جابر خلاف هذا - اه كلامه؛ و قال صاحب التنقيح: و اعلم ان حديث عبد الملك ابن ابى سليمان حديث صحيح و لا منافاة بينه و بين رواية جابر المشهورة، وهى: الشفعة فى كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة؛ فان فى حديث عبد الملك اذا كان طريقهما واحدا وحديث جابر المشهور لم ينف فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط صرف الطرق فيقول: اذا اشترك الجاران فى المنافع كالبئر او السطح او الطريق فالجار احق بسقب جاره؛ لحديث عبد الملك؛ و اذا لم يشتركا فى شىء من المنافع فلا شفعة؛ لحديث جابر المشهور، و طعن شعبة فى عبد الملك بسبب هذا الحديث، لا يقدح فيه فانه ثقة، و شعبة لم يكن من الحذاق فى الفقه ليجمع بين الأحاديث اذا ظهر تعارضها انما كان حافظا، و غير شعبة انما طعن فيه تبعا لشعبة، و قد احتج بعبد الملك مسلم فى صحيحه و استشهد به البخارى، و يشبه ان يكونا انما لم يخرجا حديثه هذا لتفرده به. و انكار الأئمة عليه فيه وجعله بعضهم رأيا لعطاء ادرجه عبد الملك فى الحديث، و وثقه احمد و النسائى و ابن معين و العجلى؛ و قال الخطيب: لقد اساء شعبة حيث حدث عن محمد بن عبيد الله العزرمى و ترك التحديث عن عبد الملك بن ابى سليمان فان العزرمى لم يختلف اهل الأثر فى سقوط روايته، وعبد الملك ثناؤهم عليه مستفيض - انتهى كلامه، كذا فى ج ٤ ص ١٧٤ من نصب الراية. و فى ج ٦ ص ١٠٦ من الجوهر النقى: قلت: فى هذا الحديث زيادة وهى قوله «و صرفت الطرق» كما ذكره البيهقى فى الباب السابق، فانتفاء الشفعة بمجموع الأمرين، فمقتضاه انه اذا وقعت الحدود و كان الطريق مشتركا تثبت الشفعة - كما قدمنا؛ فثبت بذلك ان الحديثين متفقان لا يختلفان، و قد اخرج النسائى فى سننه عن محمد بن عبد العزيز بن ابى رزمة عن الفضل بن موسى عن حرب بن ابى العالية عن ابى الزبير عن جابر ان النبى صلى الله عليه و سلم قضى بالشفعة بالجوار، وهذا سند صحيح يظهر به ان ابا الزبير روى ما يوافق رواية =

= عبد الملك لا رواية ابى سلمة كما ذكره الشافعى ، و يؤيد هذا بعدة احاديث سنذكرها ان شاء الله تعالى . و كتب الحديث مشحونة بأن شعبة روى عنه ، و قال الترمذى : روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك هذا الحديث ؛ و ذكر صاحب الكمال عن ابن معين انه قال : لم يحدث به الا عبد الملك و قد انكر عليه الناس و لكن عبد الملك ثقة صدوق و لا يرد على مثله ، و ذكر ايضا عن الثورى ابن حنبل قالا : هو من الحفاظ ، و كان الثورى يسميه « الميزان » و عن احمد بن عبد الله : ثقة ثبت ، و اخرج له مسلم فى صحيحه ؛ و قال الترمذى : ثقة مأمون عند اهل الحديث لا نعلم احدا تكلم فيه غير شعبة من اجل هذا الحديث ؛ و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال : انا محمد بن المنذر سمعت ابا زرعة سمعت احمد بن حنبل و ابن معين يقولان : عبد الملك ثقة ؛ قال ابن حبان : روى عنه الثورى و شعبة و اهل العراق و كان من خيار اهل الكوفة و حفاظهم و الغالب على من يحدث من حفظه ان يهم و ليس من الانصاف ترك حديث شيخ ثبت بأوهام يهم فى رواية ، و لو سلكنا ذلك لزمنا ترك حديث الزهرى و ابن جريج و الثورى و شعبة لأنهم لم يكونوا معصومين ؛ و تأويل الشافعى « الجار بالشريك » يرده ما اخرجه ابن ابى شيبة عن ابى اسامة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن ابيه قلت : يا رسول الله ! ارض ليس لأحد فيها قسم و لا شريك الا الجوار ؟ قال : الجار احق بسقبه ما كان ؛ و اخرج الطحاوى هذا الحديث و لفظه : ليس لأحد فيها قسم و لا شريك الا الجوار ؛ و اخرجه ابن جرير الطبرى فى التهذيب و لفظه : ليس فيها لأحد شرب و لا قسم الا الجوار ؛ فهذا تصريح بوجوبها لجوار لا شركة فيه فدل على ان الجار الملازق تجب له الشفعة و ان لم يكن شريكا ؛ و قال ابن جرير : رواه عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن الشريد بن سويد من حضرموت انه عليه السلام قال : الجار و الشريك احق بالشفعة ما كان يأخذها او يتركها ، فظاهر عطف « الشريك » على « الجار » يقتضى ان الجار غير الشريك ؛ =

= و اخرج ابن حبان فى صحيحه حديث «الجار احق بصقبه» من حديث ابى رافع و انس عن النبي صلى الله عليه و سلم؛ و اخرج ايضا عن انس انه عليه السلام قال: جار الدار احق بالدار؛ و اخرجه النسائى ايضا، و عن الحسن عن سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: جار الدار احق بدار الجار - اخرجه ابو داود و النسائى و الترمذى و قال: حسن صحيح؛ و سيأتى ان شاء الله تعالى فى كتاب الهبة ان الحاكم ذكر فى اثناء كتاب البيوع من المستدرك حديثا من رواية الحسن عن سمرة ثم قال: قد احتج البخارى بالحسن عن سمرة؛ و فى مصنف ابن ابى شيبة فى كتاب اقضيته عليه السلام: ثنا جرير عن منصور عن الحكم عن على و عبد الله قالا: قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم بالشفعة للجوار؛ و فى التهذيب لابن جرير الطبرى: روى موسى بن عقبة عن اسحاق بن يحيى عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه و سلم قضى ان الجار احق بصقب جاره؛ و اخرج ابن جرير ايضا بسنده عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: اذا اراد احدكم ان يبيع عقاره فليعرض على جاره؛ فظهر بمجموع هذه الأحاديث ان للشفعة ثلاثة اسباب: الشركة فى نفس المبيع ثم فى الطريق ثم فى الجوار، و ظاهر قوله عليه السلام «جار الدار احق بالدار» من يأخذ الدار كلها و ليس ذلك الا الجار، و اما الشريك فانه يأخذ بعضها؛ و لأن الشفعة انما وجبت لأجل التأذى الدائم و ذلك موجود للجار ايضا، و لو وجبت لأجل الشركة لوجبت فى سائر العروض فلما لم تجب الا فى العقار علمنا ان سبب الوجوب هو التأذى؛ وحكى الطبرى ان القول بشفعة الجوار هو قول الشعبي و شريح و ابن سيرين و الحكم و حماد و الحسن و طاوس و الثورى و ابى حنيفة و اصحابه؛ و فى الاستذكار: روى ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابى بكر بن حفص بن عمر بن سعد بن ابى وقاص ان عمر كتب الى شريح ان: اقض ان الشفعة للجار؛ فكان يقضى بها، وسفيان عن ابراهيم بن ميسرة قال: كتب الينا عمر بن عبد العزيز: اذا حدت =

و قال

و قال أبو حنيفة فيمن اشترى شقصا فى أرض مشتركة بثمن إلى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة : إنه إن نقد الثمن حالا كان له أن يأخذ بالشفعة ، و إن أبى أن يؤديه إلا إلى أجله و أبى[1] البائع و المشترى أن يرضيا بالحوالة عليه قيل [له][2] : امكث إلى أجلك فاذا حل فانقد الأجل وخذ

= الحدود فلا شفعة ؛ قال ابراهيم : فذكرت ذلك لطاوس فقال : لا ، الجار احق - انتهى . و من الغرائب تأويل البيهقى فى قصة ابى رافع المذكورة من قبل بأن سياقها يدل على انه ورد فى غير الشفعة و انه احق بأن يعرض عليه !! قال فى الجوهر النقى : قلت : هذا ممنوع بل سياقها يدل على انه ورد فى الشفعة ، و كذا فهم منه البخارى و ابو داود و غيرهما وقد صرح بذلك فى قوله « احق بشفعة اخيه » و العرض مستحب ، وظاهر قوله « احق » و قوله « ينتظر به » الوجوب ؛ و ايضا الأصل عدم تقدير العرض ؛ ثم حكى البيهقى عن الشافعى انه قال : ثبت انه لا شفعة فيما قسم فدل على ان الشفعة للجار الذى لم يقاسم دون المقاسم ؛ قلت : قد ثبت انه لا شفعة فيما قسم وصرفت فيه الطرق - كما قدمنا ؛ و مال ابى رافع كان مفرزا بالقسمة و انما الطرق كانت مشتركة ، فصريح القصة يخالف تأويل الشافعى هذا و مذهبه ، و قد جاء ذلك مصرحا فى قوله فى حديث جابر المذكور بعد « الجار احق بشفعة اخيه اذا كانا طريقهما واحدا » - انتهى . و راجع ج ٢ ص ٦٦ من عقود الجواهر الى ص ٦٩ لا تجد فيه ازيد مما نقلت من نصب الراية و الجوهر النقى ، وطالع مع هذا من ص ١ إلى ٤ من اختيار الولاية على اختيار ما فى الهداية من الجزء الرابع منها فانه مفيد و مهم جدا على طرز انيق و هو فى جميع المباحث متفرد فى طريق الاستدلال على دأب الرجال مع هذا - و الله تعالى اعلم بحقيقة الحال .

(١) و فى الأصول « و اباى » و هو تحريف « ابى » و الله اعلم .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول كما لا يخفى فزدته .

بالشفعة . و قال أهل المدينة : إن كان الشريك[١] مليا[٢] فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل ، و إن كان مخوفا [أن لا يؤدى الثمن إلى ذلك الأجل][٣] فاذا[٤] جاءهم ملى[٥] ثقة مثل الذى اشترى[٦] منه [الشقص فى الأرض المشتركة][٣] فذلك له .

و قال محمد : وكيف يجبر البائع و المشترى على أن يتحولا بمالهما على غير من رضيا [به][٧] وإن كان مليا؟! أما تعلمون [أن][٧] الرجل قد يكون مليا اليوم فلا يجيء الأجل حتى يفلس و يذهب ماله! و البائع لم يرض بأن يكون ماله عليه إنما رضى بغيره! و هذا ظلم إن أجبرتموه على أن يكون ماله على غير من رضى به . قالوا : لأنه مثل الذى بايعه[٨] . قيل لهم : إنه لعله أن يكون اليوم مليا مثله فلا يكون غدا مثله ، و البائع لم يرض بأن يكون ماله على أحد إلى ذلك الأجل غير المشترى فكيف يجبره[٩] على غيره!؟

---

(١) و فى الأصول «الشفيع» تصحيف ، و الصواب «الشريك» و هو الشفيع مآلا .

(٢) كذا فى الأصل و كذا فى الموطأ ، و فى الهندية «غائبا» مكان «مليا» و هو تصحيف ؛ و الضمير فى «كان» راجع الى «الشريك» المتقدم .

(٣) سقط ما بين المربعين من الأصول ، و زيد من الموطأ .

(٤) كذا فى الأصول . و فى الموطأ «فان» .

(٥) قوله «ملى» كذا فى الأصول ، و فى الموطأ «بحميل ملى» .

(٦) كذا فى الأصل و كذا فى الموطأ ، و فى الهندية «ليشترى» .

(٧) سقط ما بين المربعين من الأصول و لابد منه .

(٨) كذا فى الأصول ، و المراد مثل الذى اشترى فى كونه مليا غنيا ، و بايعه اى عامل معاملة البيع .

(٩) فى الأصول «اجبره» .

إنما يقال: إن شئت فانقد و خذ بالشفعة و إلا كانت الدار[1] على حالها فى يد صاحبها حتى يحل المال؛ فينقد و يأخذها، هذا الذى لا ظلم فيه على أحد منهما إن شاء الله تعالى.

أرأيتم لو لم يكن الشفيع[2] مليا و لم يجد أحدا مليا يضمن عنه الثمن أتبطل الشفعة أم كيف الأمر فى ذلك؟ ينبغى فى قولكم أن تبطل شفعته و اى ملى يضمن عن معسر مالا يتبرع به إلا قليلا من الناس! فينبغى إن لم يقدر على هذا أن تبطل شفعته، و لكن بطل الثمن عليه إلى ذلك الأجل و يكون المشترى لم يقبض ما اشترى فيرضى أن يحتال بالثمن عليه إلى الأجل و يدفع إليه ما باع فيكون ذلك إليه فأما ما قلتم فليس بشيء.

باب شفعة الغائب

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى شفعة الغائب: هو على شفعته أبدا حتى يعلم بالبيع، فاذا علم به فان لم يقدم[3] لذلك[4] أو لم يبعث وكيلا فلا شفعة، و الوقت فى ذلك قدر المسير من حين علم بالشفعة[5]. و قال أهل المدينة: لا ينقطع[6] شفعة الغائب و إن طالت غيبته [و][7] ليس لذلك

(١) اى مثلا. و الا ليس الدار مذكورا فيما قبل بل وضع المسألة فى ارض مشتركة.

(٢) اى الشريك المذكور فى العبارة الذى يصير شفيعا فى الاستقبال و المآل.

(٣) فى الأصول «لم يقدر» وهو خطأ، و الصواب «لم يقدم» من القدوم - كما لا يخفى.

(٤) و فى الأصل «ذلك»، و فى الهندية «لذلك» و هو الصواب.

(٥) اى بالبيع الذى اوجب الشفعة او بالشفعة التى وجبت بالبيع للشفيع.

(٦) كذا فى الأصول، و فى الموطأ «و لا تقطع شفعة الغائب غيبته» و هو الأرجح عندى مما فى الأصول. قلت: قول اهل المدينة سقط من الأصل، موجود فى الهندية. ف

(٧) سقطت الواو من البين - كما لا يخفى.

[حد][1] نقطع إليه الشفعة[2] .

و قال محمد : رجل علم بشراء رجل و هو معسر لا يقدر على قليل و لا كثير و هو شفيع و هو غائب فكتب إليه المشترى يسأله أن يقدم أو يبعث وكيلا يأخذ بالشفعة فلم يفعل حتى طال زمانه و صار المشترى لا يقدر على بيع لأن الناس لا يكادون يشترون شيئا يؤخذ من أيديهم بالشفعة حتى إذا طال الزمان [3]و اشتروا و صار[3] مالا [لهم][4] أقبل يطلب الشفعة أ يكون له الشفعة ؟ ! ليس ينبغى أن يكون هذا أمر المسلمين ، و قد قال شريح و كان قاضيا : الشفعة لمن واثبها[5] .

(١) و لفظ « حد » ساقط من الأصول ، و زيد من الموطأ .

(٢) كذا فى الموطأ . و فى الأصول « ليس لذلك يقطع به الشفعة » .

(٣ - ٣) فى الأصول « و اشتروا صار » بدون واو العطف .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول و لا بد منه .

(٥) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « وثبها » و هو تصحيف ، و فى ج ٢ ص ٢٣٩ من المغرب : قوله « الشفعة لمن واثبها » اى لمن طلبها على وجه المسارعة و المبادرة ، مفاعلة من الوثوب على سبيل الاستعارة - اه . و الأثر اخرجه بهذا اللفظ عبد الرزاق فى مصنفه - كما فى ج ٤ ص ١٧٦ من نصب الراية ؛ و كذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطى فى كتاب غريب الحديث فى كلام التابعين - اه . و فى الباب حديث مرفوع اخرجه ابن ماجه فى سننه عن محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلمانى عن ابيه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : الشفعة كحل العقال - اه . و رواه البزار فى مسنده و من طريقه رواه ابن حزم فى المحلى بلفظ آخر ؛ و رواه ابن عدى ايضا فى كامله . و الحديث ضعيف - كما بين فى محله ، و راجع لذلك اختيار الولاية على الهداية ج ٤ ص ٦ منه .

باب

باب الرجل يهلك فيورث ارضه ورثته فى الشفعة

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجـل يورث الأرض [١] نفرا من ولده[١] فيكون بينهم ثم يولد لأحد النفر أولاد ثم يهلك الأب الثانى[٢] فيبيع أحد ولد الميت الثانى [حقه فى تلك الأرض][٣] : إن جميع الشركاء فى الأرض شركاء فى الشفعة ، و لا يكون أحدهم أحق بالشفعة من غيره لأنهم لم يقسموا . و قال أهل المدينة : اخوة البائع[٤] احق بالشفعة[٥] من عمومته[٦] شركاء ابيه . قال محمد : وكيف صار اخوته[٧] احق بالشفعة قالوا : لأنهم اقرب شركاء . قيل لهم : وكيف كانوا اقرب[٨] شركاء و ليس من الدار قليل أو كثير إلا و لهم[٩] فيه شركاء ؟ انما يكون احق بالشفعة اذا كان اقرب شركاء فى الدار اذا كان بينهما من الدار شىء[١٠] ليس للآخرين

(١-١) كذا فى الموطأ ، و فى الأصول « النفر من الولد » و ما فى الموطأ ارجح عندى .

(٢) فى الأصول « الولد الباقى » و هو تحريف ، و التصحيح من الموطأ .

(٣) سقط ما بين المربعين من الأصول و لا بد منه ، و زيد من الموطأ .

(٤) و فى الموطأ « اخو البائع » .

(٥) فى الموطأ : بشفعته .

(٦) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « من عمومة » و هو خطأ ، و قوله « شركاء ابيه » بدل من « عمومته » .

(٧) كذا فى الأصل ، و لعله « اخوه أو اخواه » .

(٨) فى الهندية هنا بياض بين قوله « كانوا » و قوله « شركاء » فزدت لفظ « اقرب » بينهما ، و سقط من الأصل .

(٩) فى الأصل « الا لهم » فزيد الواو لأنه سقط حسب قاعدة النحو .

(١٠) و كان فى الأصول « شيئا » و الصواب « شىء » كما لا يخفى عليك .

فيها[١] شرك فانه اقرب شركاء وكان احق بالشفعة من الآخرين، و أما إذا كان الدار بينهم ليس منها قليل و لا كثير إلا و هم فيه شركاء[٢] فهم[٣] فى الشفعة سواء، و لو كان ينبغى لبعضهم [٤]أن يأخذ حق بعض[٤] كانت العمومة احق لأنهم اكثر نصيبا و لكن هذا كله سواء. قالوا: فانا نقول: إن هؤلاء ولد الهالك الآخر يتوارثون فيما بينهم[٥] دون عمومتهم فلذلك بجعل الشفعة لهم دون عمومتهم[٦] و تبين لنا انهم اقرب شركاء. قيل لهم: ان الشفعة لا تؤخذ على المواريث، أرأيتم رجلا توفى و له ثلاثة بنين: اثنان منهم لأم واحدة و آخر من أم أخرى و ترك الميت دارا أليست أثلاثا؟ قالوا: بلى، قيل لهم: فان باع احد الآخرين الذين تجمعهما الأم نصيبه أيكون اخوة لأبيه و أمه أحق بالشفعة [من الأخ] [٧] لأبيه هذا مما لا يقوله أحد لعلمه؟ و لو مات احدهما لورثه صاحبه دون الآخر، و هذا لا يمنع الآخر الذى لا يرث من أن يكون شريكا. أرأيتم لو كان الميت زوجته هى أم أحدهما أكان ابنها أحق بالشعفة فى نصيبها من اخوانه[٨] إن باعت نصيبها؟ هذا ليس بشىء و ليست الشفعة على المواريث و لكنهم اذا كانوا شركاء

(١) كذا فى الأصول، و الضمير للدار و إن كان الضمير لشىء فالصواب فيه.

(٢) كذا فى الأصل إلا ان الواو ساقط قبل لفظ «هم» فزيد.

(٣) و فى الأصل «لهم» تصحيف؛ و الصواب «فهم».

(٤-٤) فى الأصل «أن يأخذون بعض» و لم افهمه، و الصواب ما أدرجته.

(٥) لفظ «فيما بينهم» زدته ليصح المعنى و لم يكن فى الأصول.

(٦) من قوله «فلذلك يجعل» ساقط من الأصل، و زيد من الهندية.

(٧) سقط ما بين المربعين من الأصل.

(٨) كذا فى الأصول، و فى ابتداء المسألة «اخوته».

فى الدار جميعا ليس منها شيء [١] إلا وهم [١] فيه شركاء شركتهم فى الشفعة سواء و لم يكن بعضهم أحق بالشفعة من بعض .

باب الشفعة على الرؤس

محمد قال قال أبو حنيفة رضى الله عنه : الشفعة على الرؤس و ليس على الأنصباء ، صاحب النصيب القليل وصاحب الكثير فيها سواء . و قال أهل المدينة : الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل إنسان منهم على قدر نصيبه [٢] إن كان قليلا فقليل [٣] و إن كان كثيرا فكثير [٤] ؛ و ذلك إذا تشاحوا فيها [٥] .

أرأيتم [٦] لو كره القوم أن يأخذوا بالشفعة غير أقلهم نصيبا أليس كانت تجب له الشفعة كلها بنصيبه ؟ فان قالوا : بلى . قيل لهم : فان كره القوم جميعا أن يأخذوا بالشفعة كلها أو يدع [٧] ؟ قالوا : بلى . قيل لهم : أليس

(١ - ١) و فى الأصول « الا هم » و الصواب « إلا وهم » - ف .

(٢) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ « بقدر نصيبه » .

(٣) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ « فقليلا » و هو ايضا صحيح لكنى تركته على حاله و لم اغيره ، وخذ ذلك من المقامة الرابعة و العشرين القطيعية من المقامات للحريرى بيتا :

فان وصلا الذ به فوصل		و ان صرما فصرم كالطلاق

و اوضحه الحريرى فى ص ١٦٤ من مقاماته فيه اربعة اوجه .

(٤) فى الموطأ « فبقدره » .

(٥) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ « فيه » .

(٦) سقط ابتداء قول الامام محمد من الأصول نحو « و قال محمد بن الحسن و كيف كان ذلك » .

(٧) كذا فى الأصول وهو الصحيح ، اى : او يدع الشفعة من كان نصيبه اقل من القوم . قال فى الهداية : و اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ، و لا يعتبر =

كل واحد منهم كان مستحقا كلها بنصيبه ؟ فان قالوا: بلى . قيل لهم : فاذا طلبوا جميعا أخذوا بالشفعة جميعا سواء لأن صاحب النصيب القليل يستحق بنصيبه القليل ما يستحق الآخر بنصيبه الكثير .

باب الرجل يشترى الأرض فيعمرها

محمد قال: قال أبوحنيفة رضى الله عنه فى الرجل يشترى الأرض [1]فيعمرها بأصل نصيبه منها[1] ثم يأتى أحد[2] فيدرك فيها حقا فيريد أن يأخذ بالشفعة: إن له أن يأخذ بالشفعة فيقال للعمر: اقلع ما غرست فيها فاذهب به حيث شئت ؛ وكذلك[3] البناء يقال له: اقلع بناءك ؛ يأخذ الشفيع الدار بالثمن إلا أن يتراضى المشترى و الشفيع على أن يأخذ المشترى ذلك بالقيمة[4]

= اختلاف الأملاك لأنهم استووا فى سبب الاستحقاق و هو الاتصال فيستوون فى الاستحقاق ، ألا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة ! و هذا آية كمال السبب ، وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة ، و الترجيح يقع بقوة فى الدليل لا بكثرته ، و لا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلته ، و تملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه ، بخلاف الثمرة و اشباهها ؛ و لو اسقط بعضهم حقه فهى للباقين فى الكل على عددهم لأن الانتقاص للزاحمة مع كمال السبب فى حق كل منهم و قد انقطعت ، و لو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب - اه . و التفصيل فى ج ١٤ ص ٩٧ من المبسوط للامام السرخسى .

(١ - ١) كذا فى الأصول ، و الصواب « فيعمرها بالأصل يضعه فيها » كما هو فى الموطأ .

(٢) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « اتى احد » و فى الموطأ « يأتى رجل » .

(٣) و فى الأصول « و بذلك » تصحيف ، و الصواب « و كذلك » .

(٤) اى بالقيمة مقلوعا - كما فى الهداية و العناية و غيرهما من الكتب .

و قال

و قال أهل المدينة : من اشترى أرضا فعمرها[١] [بالأصل][٢] يضعه[٣] فيها أو البئر يحفرها[٤] ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا فيريد أن يأخذها[٥] بالشفعة إنه لا شفعة له فيها ، إلا أن يعطيه[٦] قيمة ما عمر ، فان أعطاه[٧] كان أحق بالشفعة[٨] و إلا فلا حق له فيها .

قال محمد : [٩]وكيف كان هذا هكذا[٩]! يشترى الرجل الأرض بألف درهم فبادر الشفيع و هو غائب مخافة أن يأخذها بالشفعة فيغرس فيها غرسا بعشرة آلاف درهم فيبلغ الشفيع فيبادر الأخذ بالشفعة و ليس له من المال إلا ألف درهم فيجد قد غرس فيها غرسا لا يقدر على ثمنه أ تبطل الشفعة و قد كان الحق وجب له قبل غرس هذا ؟ قالوا : فينبغى أن يعمد المشترى إلى غرس قد غرس[١٠] و أنفق عليه عشرة آلاف درهم فيقلعه فيفسده .

---

(١) فى الموطأ : الرجل يشترى الأرض فيعمرها .

(٢) كذا فى الموطأ ،وسقط قوله « بالأصل » من الأصول ، و فيها بياض مكانه .

(٣) كذا فى الأصل و كذا فى الموطأ و هو الصواب ، و فى الهندية « بصنعة » من الصنع تصحيف .

(٤) كذا فى للموطأ ، و فى الأصول « لحفرها » .

(٥) كذا فى الموطأ ، و فى الأصول « ان يأخذ » بدون الضمير .

(٦) فى الموطأ « ان يعطى » .

(٧) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ « فان اعطاه قيمة ما عمر » .

(٨) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ « بشفعته » .

(٩ - ٩) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « وكيف كان هكذا » .

(١٠) كذا فى الأصول ، و الصواب « غرسه » .

قيل لهم: ليس للشفيع فى ذلك ذنب، المشترى عمل ذلك بنفسه و قد كانت الشفعة [فيها] [1] و ذلك للشفيع يوم وقع الشراء، فكان ينبغى للشترى أن لا يقدم على هذا إلا بعلمه . قالوا: إن المشترى لم يعلم أن لهذا نصيبا يستحق به شفعة . قيل لهم: أرأيتم إن علم فأقدم على علم ما تقولون [2] فى ذلك ؟! ما العلم و غير العلم فى هذا إلا سواء، و ما على الشفيع أن يكون المشترى فقيها عالما قد وجبت الشفعة للشفيع بوجه دون الشراء فليس ينبغى للشترى أن يبطلها بما يحدث مما لا يقوى الشفيع على أخذ الشفعة بذلك ؛ أرأيتم إن قال الشفيع «أنا آخذ ما غرس بقيمته» فقال المشترى «بل أنا أقلعه و أغرسه فى موضع آخر» أيهما أحق به و ذلك لا ينقص الأرض شيئا ؟ فان قلتم: للشترى قلعه . فكيف صارت شفعة الشفيع تبطل بتركه إذا علم أن الشفيع لا يقوى على أخذها [3] ؟ و هو لو أبى أن يعطيه الشفيع كان له ذلك و كان أحق به من الشفيع [4] !!

قال محمد من وجب له أخذ أرض بشفعة فليس يقدر المشترى على إبطال حقه بحدثه لا يقدر الشفيع على أخذها لمكانه .

---

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول .

(٢) فى الأصول «تقول» و هو خطأ .

(٣) فى الأصول «اخذه» و الصواب «اخذها»، و الضمير للارض او للشفعة .

(٤) كذا فى الأصول، و تأمل فى العبارة فى ان المشترى يكون احق به من الشفيع او الشفيع يكون احق به من المشترى، او الكلام على الالزام او الاستفهام و راجع لذلك باب الشفعة فى الأرضين و الأنهار من المبسوط ج ١٤ ص ١٣٣ للامام السرخسى - رحمه الله تعالى .

باب الرجل يشترى شقصا فى ارض مشتركة

محمد قال قال أبو حنيفة رضى الله عنه : من اشترى شقصا فى أرض مشتركة على أنه فيه[١] بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخدوا[٢] بالشفعة قبل أن يختار المشترى : إن لهم أن يأخذوا بالشفعة لأن البيع قد تم من قبل البائع ، و إنما يصير الشركاء لا شفعة لهم إذا كان البائع بالخيار ، فأما إذا كان المشترى بالخيار و لم يكن للبائع خيار فللشركاء الشفعة لأن البيع قد تم من جهة البائع . و قال أهل المدينة : ليس للشركاء شفعة إن[٣] كان المشترى بالخيار و لم يكن للبائع خيار حتى يأخذ المشترى ، و يثبت له البيع فاذا [٤]وجب له البيع[٤] فلهم الشفعة .

و قال محمد : إذا تم البيع فلم يبق[٥] فيه إلا خيار المشترى فقد وجبت صفقة البيع للشفيع و صار للشترى إن شاء أخذ و إن شاء ترك ؛ أرأيتم لو أن رجلا اشترى أرضا أو دارا لم يرها أليس كان بالخيار إذا رآها إن شاء أخذها و إن شاء تركها ! فان قال الشفيع : أنا آخذها بالشفعة أما يكون له فى قولكم أن يأخذ بالشفعة حتى يرى المشترى فيرضى أو يرد ؟! فليس هذا بشىء ، إذا لم يكن للبائع خيار فقد تم البيع ، فان شاء الشركاء أخذوا بالشفعة ، و إن شاؤا تركوا ــ و الله أعلم .

---

(١) و فى الموطأ « فيها » .

(٢) اى : يأخذوا ما باع شريكهم ــ كما فى الموطأ .

(٣) فى الأصول « و ان » بالواو تحريف .

(٤ ــ ٤) كذا فى الموطأ ، و فى الأصول « وجب بيعهم » و هو خطأ .

(٥) كذا فى الأصول ، و الصواب « و لم يبق » .

باب الرجل يشترى العبد أو الدابة أو الثوب إنه لا شفعة فى ذلك

قال محمد قال أبو حنيفة رضى الله عنه: لا شفعة عندنا فى عبد و لا وليدة و لا فى شيء من الحيوان و لا ثوب . وكذلك قال أهل المدينة . وكذلك قول محمد رضى الله عنه .

باب الرجلين يكون بينهما البئر[1] فيبيع احدهما نصيبه هل فيها شفعة

قال محمد : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى البئر[1] يكون بين الرجلين لهما[2] بياض أرض معها أو ليس[3] له أرض[3] فباع أحدهما نصيبه من ذلك كله : إن لشريكه أن يأخذ بالشفعة . و قال أهل المدينة فى البئر[1] [ليس][4] لها بياض: إنه لا شفعة فيها . و قالوا : إنما[5] الشفعة فيما يقسم[5] و تقع فيه [الحدود][4] من الأرض، فأما ما لا يصلح[6] فيه القسمة[7] فلا شفعة فيها[8]

(١) فى الأصول « النهر » تصحيف، و التصحيح من الموطأ لأنه فرض المسألة فى البئر لا فى النهر ، و اظن ان لفظ « النهر » تصحيف « البئر » ـ ف .

(٢) كذا فى الأصول تصحيف ، و الصواب « لها » .

(٣-٣) كذا فى الأصول ، و الصواب « لها بياض » مكان « له ارض » .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول ، و زيد من الموطأ .

(٥-٥) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ « الشفعة فيما يصلح ان ينقسم » .

(٦) كذا فى الموطأ ، و فى الأصول « لا يصح » .

(٧) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ « القسم » .

(٨) كذا فى الأصول ، و الصواب ما فى الموطأ « فيه » لأن الضمير للفظ « ما » و يصح باعتبار المراد ، و الله اعلم ـ ف .

و قال

و قال محمد: أخبرونا عن رجل توفى و ترك أرضا صغيرة و ترك ولدا كثيرا إذا قسمت الأرض بينهم لصغرها و كثرتهم لم يصب كل إنسان منهم شيئا ينتفع به فباع رجل نصيبه أما لهم أن يأخذوا بالشفعة؟! أرأيتم حماما بين الرجلين باع أحدهما نصيبه و هذا لا يستقيم قسمته أما لشريكه أن يأخذ بالشفعة؟ أرأيتم رجلين بينهما جدار بأصله ليسّ لهما معه شيء غيره باع أحدهما نصيبه أما للآخر أن يأخذ بالشفعة؟! فهذا ما لا يستقيم قسمته و لا يقع فيه الحدود، و لو كان[1] من الأشياء شيء ينبغي أن يكون فيه الشفعة دون ما سواه لكان ينبغي أن تكون الشفعة فيما لا يقسم قسم نصيبه لقوله لا يدخل عليه فى نصيبه ضرر، و الذى يقدر على قسمته أقرب إلى شفعة الجار الذى أبطلتم[2] من الذى لا يقدر على قسمته! هذا كله أمر واحد، ما قدر على قسمته و ما لم يقدر على قسمته فالشفعة فيه جائزة ثابتة؛ و لئن كان ما قد قسم لا شفعة فيه كما زعمتم إنه ينبغي أن يكون ما يقسم مما لا يقسم يقرب إلى أن لا يكون فيه قسمة و بين الذى لا يقسم على حال[3] لأن الذى لا يقسم لا يضره الأخذ بالشفعة لأن نصيبه يقسم فينتفع به، و الذى لا يقسم لضرورة لا ينتفع به بنصيبه، فينبغى أن يكون هذا أحق بالشفعة حتى يكثر نصيبه بما يأخذ بالشفعة فينتفع به.

باب الرجل يشترى شقصا من دار[4] فيها شفعة

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فيمن اشترى شقصا من دار

---

(١) كذا فى الأصول، والعبارة مختلة النظم والتركيب فلم أتحصلها فعليك بمراجعة الكتب.

(٢) اى الشفعة، و فى العبارة خلل لا بد من دفعه و لم اقدر على دفعه.

(٣) كذا فى الأصول، و لم اقدر على تحصله.

(٤) فى الموطأ: من اشترى ارضا فيها شفعة، فيكون فى الأصل: من ارض؛ مكان «من دار».

فيها[1] شفعة لناس حضور فعلموا بالشفعة: فان لم يطلبوها حين علموا فلا شفعة لهم، و ليس على المشترى أن يرفعهم[2] إلى السلطان بالشفعة[3]. و قال أهل المدينة ينبغى للمشترى أن يكون هو الذى يرفع الشركاء[4] إلى السلطان، فاما أن يستحقوه[5] و إما أن يسلم له السلطان، فان تركهم[6] فلم[7] يرفع أمرهم إلى السلطان و قد علموا باشترائه فتركوا[8] ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا يطلبون شفعتهم فلا نرى[9] ذلك لهم.

و[10] قال محمد: كم ذلك الطول[11]؟ كم يوقتون أسنة أم سنتين أم عشر سنين أو أكثر أو أقل؟؟ و قولكم أيضا «هو الذى يرفع أمرهم إلى السلطان»، ما ذلك على المشترى. إنما الشفعة شفعتهم و إنما الحق لهم فعليهم أن يرفعوا ذلك إلى السلطان فيطلبوا شفعتهم. فان لم يفعلوا فلا شفعة لهم؛ و كذلك

---

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «فيه».

(٢) و فى الأصول «يرافعهم» خطأ.

(٣) كذا فى الهندية، و من قوله «دار لم يطلبوها ...» ساقط من الأصل.

(٤) كذا فى الأصول، و الصواب عندى «الشفعاء».

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية «يستحقوا».

(٦) كذا فى الأصل، و فى الهندية «و ان تركهم» و ليس بصواب.

(٧) و كان فى الأصول «و لم» و الصواب «فلم».

(٨) كذا فى الأصل و كذا فى الموطأ، و فى الهندية «فشركوا» و هو تصحيف.

(٩) كذا فى الأصول، و فى الموطأ «فلا ارى» - ف.

(١٠) كذا فى الهندية، و الواو ساقط من الأصل.

(١١) قال الزرقانى فى ج ٣ ص ١٧٤ من شرحه: و الطول بسنة، و ما قاربها له حكمها - كما فى المدونة، و فيه انه الشهر او الشهران او ثلاثة اشهر او اربع، خلاف - انتهى.

قال شريح : الشفعة لمن واثبها[١] .

باب الرجل يهب الشقص فى ارض مشتركة

محمد قال : قال أبو حنيفه رضى الله عنه : من وهب شقصا فى [دار أو][٢]

(١) و قد مضى تخريجه من نصب الراية و المعنى من المغرب ، و ذكره قاسم بن ثابت فى دلائله كما فى ج ٢ ص ٢٥٤ من التلخيص الحبير و ابن حزم فى ج ٩ ص ٩١ من المحلى و قال : ما يحضرنا الآن ذكر اسنادها إلا انه جملة لا خير فيه - اه . لكن معناه ثابت من المرفوع الذى اخرجه ابن ماجه من حديث ابن عمر رفعه الشفعة كحل العقال ، و رواه البزار فى مسنده و ابن حزم فى ج ٩ ص ٩١ من المحلى و زاد فيه : من مثل بمملوكه فهو حر وهو مولى الله و رسوله و الناس على شروطهم ما وافقوا الحق - اه ؛ و اخرجه ابن عدى فى كامله بلا زيادة لكن اعله بمحمد بن الحارث بن زياد البصرى عن البخارى و النسائى و ابن معين و بشيخه ابن البيلمانى . و قال ابن القطان : و لم ار فيه احسن من قول البزار ، رجل مشهور ليس به بأس ؛ و روى الآجرى عن ابى داود قال : بلغنى عن بندار ما فى قلبى منه شىء ؛ و ذكره ابن حبان فى الثقات ؛ و قال ابن شاهين فى ثقاته : قال القواريرى : ثقة ؛ فعلم من هذا ان البزار ليس بمتفرد بتوثيقه بل هو اولى توثيقا فيه فهو مختلف فيه فحديثه لا ينزل عن الحسن ، نعم محمد بن عبد الرحمن البيلمانى ضعيف و الحديث معلوم به ، و لا اقل من انه يصلح شاهدا و معاضدا له و لأنه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد و الطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ، فكل واحد منهما يكون معاضدا لآخر فيصلح حجة . و ليس بيد غيرنا لاسيما ابن حزم فى المحلى الا الاستصحاب او قياس فاسد و كل منهما عندنا ضعيف او باطل ، و للتفصيل موضع آخر .

(٢) كذا فى الموطأ . و سقط ما بين المربعين من الأصول .

أرض مشتركة فأثابه[1] الموهوب له [بها][2] بنقد[3] أو عرض فالهبة باطلة ، لأنها هبة غير مقبوضة و لا يجوز الهبة إلا مقسومة مقبوضة ، و لا شفعة فى ذلك لأنها[4] فاسدة . و قال أهل المدينة : يأخذها الشركاء بالشفعة و يدفعون للموهوب له قيمة مثوبته[5] دنانير أو دراهم .

و قال محمد : كيف يكون ذلك و الهبة لا تجوز إلا مقسومة مقبوضة و الهبة نحلى و قد قال[6] سيدنا أبو بكر الصديق رضي الله عنه لسيدتنا عائشة

(١) كذا فى الأصول و كذا فى الموطأ ، إلا ان نقطة الثاء سقطت منها ، و عبارة الموطأ : فأثابه الموهوب له بها نقدا او عرضا .

(٢) كذا فى الموطأ ، و سقط ما بين المربعين من الأصول .

(٣) و فى الأصول « بعيد » و هو تصحيف « بنقد » ، و التصحيح من الموطأ .

(٤) كذا فى الموطأ و هو الصواب لأن الضمير للهبة ، و فى الأصول « لأنه » .

(٥) كذا فى الأصول ، و فى الموطأ : فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاؤا و يدفعون الى الموهوب له قيمة مثوبته .

(٦) هذا التعليق وصله الامام محمد فى موطئه ص ٣٤٩ من باب النحلى : اخبرنا مالك اخبرنا ابن شهاب عن عروة عن عائشة انها قالت : ان ابا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالغابة ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ! ما من الناس احب الى غنى بعدى منك و لا اعز على فقرا منك و انى كنت نحلتك من مالى جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه و احترتيه كان لك فانما هو اليوم مال وارث و انما هو اخواك و اختاك فاقتسموه على كتاب الله عز و جل ؛ قالت : يا ابت و الله ! لو كان كذا و كذا لتركته انما هى اسماء فمن الأخرى ؟ قال : ذو بطن بنت خارجة اراها جارية ؛ فولدت جارية - انتهى . و أخرجه مالك فى الموطأ . و راجع ج ٣ ص ٢٣٢ من شرح الزرقانى .

رضى الله عنها حين حضرته الوفاة : يا بنتاه ! إنى كنت نحلتك جذاذ[1] عشرين وسقا من مال الغابة و لم تكونى حزيته[2] و لا جددتيه[3] و إنما هو[4] اليوم مال الوارث[5] فلم ير ذلك حتى يحوزه[6] و يقبضه ؛ و قد بلغنا[7] عن النبى

(١) فى الأصول « جدار » تصحيف ، « وجذاذ » بكسر الجيم و الذالين المعجمتين بينهما الف كما فى الموطأ و فى موطأ مالك ، جاد عشرين بالجيم بعدها الف ثم دال مهملة اى مقطوع منها من يجد منها اى يقطع .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « حزتيه » بتقديم التاء على الياء و هو خطأ ، و فى موطأ مالك « جددتيه » بالدالين المهلتين اى قطعتيه . و فى موطأ محمد بالذالين المعجمتين .

(٣) فى الأصول « جدتيه » تصحيف ، و الصواب « جددتيه » او « جذذتيه » و فى موطأ مالك هنا « واحتزتيه » بالحاء والزاى الساكنتين من الافتعال ، و فى اصولنا بالمجرد « حزيته » .

(٤) . فى الأصول « و انما هذا » و الاصلاح من الموطئين .

(٥) فى الموطئين « وارث » بالتنكير .

(٦) من الحيازة بالحاء المهملة ، و فى الأصل « يجوز » من الجواز بالجيم و هو تصحيف ؛ و فاعل « لم ير » ابو بكر الصديق . و الأثر رواه عبد الرزاق فى مصنفه و الطحاوى و البيهقى ايضا كما فى نصب الراية و التلخيص الحبير و اختيار الولاية ؛ و هو دليل على ان الهبة لا تملك الا بالقبض . و قد روى الحاكم ان النبى صلى الله عليه و سلم اهدى الى النجاشى ثم قال لأم سلمة : انى لأرى النجاشى قد مات و لا ارى الهدية التى اهديت اليه الا سترد فاذا ردت الى فهى لك . فكان كذلك - الحديث ، قاله الحافظ فى ج ٢ ص ٢٦٠ من التلخيص الحبير : فعلم من هذا انها لما لم تقبض لم تجز . و يشهد له ما رواه ابو داود الطيالسى ص ١٥٦ فى الجزء الخامس من مسنده : حدثنا ابو داود قال حدثنا هشام عن قتادة عن مطرف عن ابيه قال : أتيت على النبى صلى الله عليه و سلم ، و هو يقرأ « الهاكم التكاثر » و هو يقول : يقول ابن آدم : مالى مالى . و هل لك من مالك ابن =

صلى الله عليه و آله و سلم أنه نهى عن بيع الصدقة حتى تقبض[1] . فقد أجاز أهل المدينه أخذها بالشفعه وهى غير محوزة و لامقبوضة ، و الأخذ بالشفعه بمنزلة البيع لأن الشفيع كان مشتريا فينبغى لمن أجاز أخذ ذلك بالشفعة أن يجيز البيع فيجوز البيع و الأخذ بالشفعة فى الصدقة و الهبة و النحلى قبل الحيازة بالقبض! و هذا مما لا ينبغى أن يجوز : و قد بلغنا[2] عن عبد الله

= آدم ! الا ما اكلت فأفنيت او لبست فأبليت او تصدقت فأمضيت - اه ؛ فذكر الامضاء و هو الاقباض بعد التصدق يرشدك الى القبض ، و من هذه الطريق ذكره ابن حزم فى ج ٩ ص ١٢١ من المحلى ، و فى رواية شعبة عن قتادة : او اعطيت فأمضيت - كما رواه ابن حزم من هذه الطريق ؛ و ابو مطرف هو عبد الله بن الشخير رضى الله عنه ، رواه الترمذى فى ج ٢ ص ٥٧ من جامعه من هذه الطريق : حدثنا محمود بن غيلان نا وهب بن جرير نا شعبة عن قتادة به . (٧) قد ثبت فى محله ان بلاغاته مسندة . و قصور انظارنا منعه عن علمنا ، فلم اطلع على البلاغ المذكور فى اى كتاب من كتب الحديث و من خرجه غير الامام محمد رحمه الله تعالى . فعليك المراجعة الى كتب التخاريج و الأحاديث .

(١) فى الأصول حتى « يقبض » .

(٢) قال البيهقى فى ج ٦ ص ١٧٠ من سننه الكبرى : و روينا عن عثمان و ابن عمر و ابن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا : لا تجوز صدقة حتى تقبض ؛ و عن معاذ بن جبل و شريح انهما كانا لا يجيزانها حتى تقبض - اه . و راجع ج ٨ ص ٣٢٧ من كنز العمال الطبعة الأولى . و قال ابن حزم فى ج ٩ ص ١٢٢ من المحلى : و من طريق ابن وهب عن الحارث بن نبهان عن محمد بن عبيد الله و هو العرزمى عن عمرو ابن شعيب و ابن ابى مليكة وعطاء بن ابى رباح قال عمرو عن سعيد بن المسيب ثم اتفق سعيد و عطاء و ابن ابى مليكة : ان ابا بكر و عمر و عثمان و ابن عباس و ابن عمر =

ابن عباس رضى الله عنهما قال : لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة ؛ و قد بلغنا [١] ذلك عن عامر الشعبي ؛ و بلغنا [٢] ذلك عن معاذ بن جبل و شريح رضى الله عنهم انهما قالا : لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة ؛ فاذا كان هذا غير جائز فلا شفعة فيه .

(آخر كتاب الشفعة)

= قالوا : لا تجوز صدقة حتى تقبض - اه . و العرزمى لا يأتى فى اسناد ابى حنيفة و محمد رضى الله عنهما ، فالكلام فيه لا يضرهما - تدبر . قال الامام ابو يوسف فى ص ٤٩ من كتاب اختلاف ابى حنيفة و ابن ابى ليلى : حدثنا الحجاج بن ارطاة عن عطاء ابن ابى رباح عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : لا تجوز الصدقة الا مقبوضة ؛ حدثنا الأعمش عن ابراهيم قال : الصدقة اذا علمت جازت و الهبة لا تجوز الا مقبوضة ؛ و كان ابو حنيفة يأخذ بقول ابن عباس رضى الله عنهما فى الصدقة ، و هو قول ابى يوسف - انتهى . و بهذا السند هو فى ج ٧ ص ١٠٥ فى باب الصدقة و الهبة من كتاب الأم للشافعى رضى الله عنه ، و لم يصل اليه صاحب كتاب اختيار الولاية الا ما فى المبسوط - هذا .

(١) اسنده سعيد بن منصور فى سننه - كما فى المحلى : نا هشيم انا مجالد عن الشعبي ان شريحا و مسروقا كانا لا يجيزان صدقة الا مقبوضة ، و كان الشعبي يقضى بذلك ؛ قال هشيم : و اخبرنى مطرف و هو ابن طريف عن الشعبي قال : الواهب احق بهبته ما كانت فى يده ، فاذا امضاها فقبضت فهى للموهوب له - اه .

(٢) اسنده عبد الرزاق فى مصنفه - كما فى المحلى - عن سفيان الثورى عن جابر الجعفى عن القاسم بن عبد الرحمن : كان معاذ بن جبل لا يجيز الصدقة حتى تقبض ؛ و رويناه من طريق وكيع عن سفيان باسناده ، و زاد فيه : الا الصبي بين ابويه - اه . و فى ص ١٦٣ من آثار ابى يوسف رقم ٧٤٩ قال : حدثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن الهيثم عن شريح انه كان لا يجيز الصدقة الا صدقة مقبوضة ؛ قال : حدثنا =

كتاب النكاح

باب المرأة تزوج أمتها أو عبدها أو تعقد عقدة النكاح

محمد قال قال أبو حنيفة رضى الله عنه: لا بأس بأن تزوج المرأة أمتها أو عبدها؛ و لا بأس بأن تأمر عبدها فيتزوج و يزوج أمتها؛ و كذلك الرجل لا بأس بأن يأمر عبده فيتزوج أو يزوج أمته. و قال أهل المدينة: لا تزوج المرأة الأمة و لا العبد، فاذا أرادت المرأة أن تزوج خادمها استخلفت رجلا فزوجها و جاز تزويجه.

و قال محمد: و لا بأس بتزويج المرأة و العبد؛ إذا جاز [لها] [1] أن تستخلف[2] من يزوج فيجوز نكاحه جاز لها أن تلى ذلك، و لو لم يجز لها أن تزوج ما جاز لها أن تستخلف لأن النكاح إنما جاز باستخلافها! قالوا: لأنه جاء أن النساء ليس إليهن من عقدة النكاح شيء، إنما ذلك إلى الأولياء. قيل لهم: فالاستخلاف مما يتم به عقدة النكاح، و لو لا الاستخلاف

= يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال: لا يجيز الصدقة الا صدقة مقبوضة، قال: حدثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال فى الهبة و الصدقة: لا تجوز الا مقبوضة معلومة، و قال: لا ادرى كان ابراهيم لا يجيز حتى يعاين الشهود القبض أم لا؟ و قال ابن وهب: و اخبرنى رجال من اهل العلم عن عمر بن الخطاب و عمر بن عبد العزيز و شريح و الزهرى و ربيعة و بكير بن الأشج مثل هذا - اه. و اخرج مالك فى الموطأ عن عمر بن الخطاب نحوه، و من طريقه الامام محمد فى موطئه - هذا. و لا تلتفت الى ما قال ابن حزم فى المحلى على دأبه فانه مرفوع القلم!! و الله تعالى اعلم.

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول و لا بد منه.

(٢) فى الأصل «يستخلف» و هو خطأ.

ما

ما جازت عقدة النكاح، إنما يقال الأولياء الذين هم يزوجون، و ليس يجوز نكاحهم إلا برضى النساء، فللنساء فى العقدة نصيب لا بد من أن يستأمرن فى ذلك.

قال: و بلغنا[١] فى ذلك حديث عن[٢] رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم أن خنساء بنت خدام[٣] زوجها أبوها فأتت النبى صلى الله عليه و آله و سلم

(١) البلاغ هذا اسنده بعده، و قد اخرجه فى الموطأ من طريق مالك فى باب الثيب احق بنفسها من وليها ص ٢٤٤ : اخبرنا مالك اخبرنا عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عبد الرحمن و مجمع ابنى يزيد بن جارية الأنصارى عن خنساء ابنة خدام ان اباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه - اه. وحديث خنساء رواه مالك فى الموطأ و عبد الرزاق فى مصنفه و البخارى و النسائى و ابن ماجه و الواقدى و محمد بن اسحاق و البيهقى و غيرهم - كما فى نصب الراية و الدراية و شرح الزرقانى و فتح البارى و عمدة القارئ و غيرهم . قال الامام فى الموطأ : لا ينبغى ان تنكح الثيب و لا البكر اذا بلغت إلا باذنها، فأما اذن البكر فصمتها، و اما اذن الثيب فرضاها بلسانها زوجها والدها أو غيره؛ وهو قول ابى حنيفة و العامة من فقهائنا - انتهى . و يأتى له مزيد فى الباب .

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «حديث رسول الله . . . . » بدون «عن» و هو خطأ .

(٣) قال الحافظ فى ج ١٢ ص ٤١٣ من التهذيب : خنساء بنت خدام الأنصارية الأوسية، زوجة ابى لبابة بن عبد المنذر، وهى التى انكحها ابوها وهى كارهة فرد النبى صلى الله عليه و سلم نكاحها، و عنها ابنها السائب بن ابى لبابة و عبد الرحمن و مجمع ابنى يزيد بن جارية و عبد الله بن يزيد بن وديعة بن خدام؛ و روى محمد بن اسحاق عن حجاج بن السائب بن ابى لبابة عن ابيه عن جدته خنساء بنت خدام يعنى جدة =

[فقالت] [١] : إن أبي زوجني وكنت أريد أن أتزوج عم صبياني ؛ قال : ففرق رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بينهما و أمرها أن تتزوج عم صبيانها . قال محمد : فقد جعل [رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم] [١] إليها عقدة النكاح .

محمد قال : أخبرنا سفيان الثوري قال حدثنا أبو الحويرث [٢] عن نافع بن جبير بن مطعم [٣] قال: تأيمت [٤] خنساء بنت خدام رضي الله عنها فزوجها أبوها

= حجاج - انتهى . صحابية معروفة ، من بني عمرو بن عوف - كما في ج ٣ ص ١٨ من شرح الزرقاني . و خدام بالخاء المعجمة المكسورة و الدال المهملة - كما في الفتح و التقريب ؛ و قال بعضهم بالذال المعجمة ، هو الصحابي ، يقال : هو ابن وديعة ، و يقال : ابن خالد ، و قال ابو نعيم : يكنى ابا وديعة - كما في الزرقاني ؛ و راجع ج ١ ص ١٦٤ و ج ٢ ص ٧٢٤ من الاستيعاب للحافظ ابن عبد البر .

(١) ما بين المربعين سقط من الأصول .

(٢) هو عبد الرحمن بن معاوية بن الحويرث الأنصاري الزرقي . ابو الحويرث المدني : من رجال ابي داود و ابن ماجه - كما في ج ٦ ص ٢٧٢ من التهذيب ؛ ذكره ابن حبان في الثقات ، وثقه ابن معين - كما قاله العقيلي ؛ و لم يتكلم فيه البخاري بشيء ، و روى عثمان الدارمي و احمد بن سعيد عن يحيى انه ثقة ، مات سنة ١٢٨ او ١٣٠ او ١٣٢ . روى عنه شعبة و الثوري و زياد بن سعد و عبد الرحمن بن اسحاق المدني ومعن ابن عيسى و غيرهم ، و قد شهد جنازة جابر بن عبد الله . و الحديث بهذا السند رواه عبد الرزاق في مصنفه - كما في ج ٩ ص ١٦٨ من فتح الباري . و له طرق - كما في الفتح و العمدة .

(٣) مضى في باب السلم فتذكره .

(٤) و في الأصول « انت » و هو تحريف فاحش . و الاصلاح من فتح الباري =

= ج ٩ ص ١٦٨ و الزرقانى ج ٣ ص ١٨ ؛ و فى صحيح البخارى : ان اباها زوجها وهى ثيب ؛ قال الزرقانى : تأيمت من أنيس بن قتادة الأنصارى حين قتل عنها يوم احد - كما رواه عبد الرزاق عن معمر عن سعيد بن عبد الرحمن عن ابى بكر بن محمد مرسلا ، و اخرجه الواقدى عن الخنساء نفسها ، و أنيس بالتصغير و سماه بعضهم « انس » و انكره ابن عبد البر ، و فى المبهمات للقطب القسطلانى ان اسمه « اسير » و انه مات ببدر - اه . و قال الحافظ : قوله « ان اباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك » و وقع فى رواية الثورى المذكورة « قالت : انكحنى ابى و انا كارهة و انا بكر » و الأول ارجح ، فقد ذكر الحديث الاسمعيلى من طريق شعبة عن يحيى بن سعيد عن القاسم فقال فى روايته « و انا اريد ان اتزوج عم ولدى » و كذا اخرج عبد الرزاق عن معمر عن سعيد بن عبد الرحمن الجمحى عن ابى بكر بن محمد : ان رجلا من الأنصار تزوج خنساء بنت خدام فقتل عنها يوم احد فأنكحها ابوها رجلا فأتت النبى صلى الله عليه و سلم فقالت « ان ابى انكحنى و ان عم ولدى احب الى » فهذا يدل على انها كانت ولدت من زوجها الأول ، و استفدنا من هذه الرواية نسبة زوجها الأول و اسمه انيس بن قتادة ، سماه الواقدى فى روايته من وجه آخر عن خنساء ، و وقع فى المبهمات للقطب القسطلانى ان اسمه « اسير » و انه استشهد ببدر و لم يذكر له مستندا ؛ و اما الثانى الذى كرهته فلم اقف على اسمه الا ان الواقدى ذكر باسناد له انه من بنى مزينة ، و وقع فى رواية ابن اسحاق عن الحجاج بن السائب بن ابى لبابة عن ابيه عنها انه من بنى عمرو بن عوف ، و روى عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء الخراسانى عن ابن عباس ان خداما ابا وديعة انكح ابنته رجلا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم لا تكرهوهن ؛ فنكحت بعد ذلك ابالبابة و كانت ثيبا ، و روى الطبرانى باسناد آخر عن ابن عباس فذكر نحو القصة و قال فيه : فنزعها من زوجها و كانت ثيبا فنكحت بعده ابالبابة ، و روى عبد الرزاق عن الثورى عن ابى الحويرث عن نافع بن جبير =

= قال تأيمت خنساء فزوجها ابوها - الحديث نحوه ؛ و فيه : فرد نكاحه و نكحت ابالبابة ، و هذه اسانيد يتقوى بعضها ببعض و كلها دالة على انها كانت ثيبا ، نعم ! اخرج النسائي من طريق الأوزاعي عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنته و هي بكر من غير امرها فأتت النبي صلى الله عليه و سلم ففرق بينهما ، و هذا سند ظاهره الصحة ولكن له علة ، اخرجه النسائي من وجه آخر عن الأوزاعي فأدخل بينه و بين عطاء ابراهيم ابن مرة و فيه مقال ، و ارسله فلم يذكر في اسناده جابرا ، و اخرج النسائي ايضا و ابن ماجه من طريق جرير بن حازم عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة ، فخيرها ، و رجاله ثقات لكن قال ابو حاتم و ابو زرعة : انه خطأ و ان الصواب ارساله (اى دليل على ذلك ؟) ؛ و قد اخرجه الطبراني و الدارقطني من وجه آخر عن يحيي بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ : ان رسول الله صلى الله عليه و سلم رد نكاح بكر و ثيب انكحهما ابوهما وهما كارهتان ؛ قال الدارقطني : تفرد به عبد الملك الذماري و فيه ضعف ، و الصواب عن يحيي بن ابي كثير عن المهاجر بن عكرمة مرسل - اه . قلت : جرير بن حازم ثقة جليل ، و قد زاد الرفع فلا يضره ارسال من ارسله ، كيف و قد تابعه الثوري و زيد بن حبان فروياه عن ايوب كذلك مرفوعا ! كذا قال الدارقطني و ابن القطان ، و اخرج رواية زيد كذلك النسائي و ابن ماجه في سننيهما من حديث معمر بن سليمان عن زيد عن ايوب ؛ و الرواية التي ذكرها البيهقي بعد هذا تشهد لهذه الرواية بالصحة ، و الذماري اخرج له الحاكم في المستدرك و ذكره ابن حبان في الثقات ، و ذكر صاحب الكمال عن عمرو بن علي الصوفي انه ثقة - كما في ج ٧ ص ١١٧ من الجوهر النقي ؛ و العجب من الحافظ كيف سكت على قول الدارقطني في حق الذماري بأنه فيه ضعف و الحال ان الضعيف عبد الملك الشامي لا الذماري ، و قد فرق بينهما في ج ٦ ص ٤٠١ من التهذيب فقال : قلت : و الصواب التفريق بينهما =

فأما

= فأما الشامى هو الذى قال فيه البخارى : منكر الحديث ، و تبعه ابو زرعة ، و قال فيه ابو حاتم : ليس بالقوى ، وضعفه عمرو بن عــلى ، و اما الذمارى فهو ابو هاشم هو الذى قال فيه ابو حاتم : شيخ ، و لم يذكر فيه البخارى فى التاريخ جرحا و لا تعديلا ، و ذكره ابن حبان فى الثقات ، و ، ثقه عمرو بن على - اه . و قاله قبيله : قال عمرو بن على : كان ثقه ، و قال فى موضع آخر : كان صدوقا ، و ذكره ابن حبان فى الثقات ، و قال ابو داود : كان قاضيا فقضى بقود فدخلت عليه الخوارج فقتلته - اه . وما نقله من اقوال الجارحين كله فى حق عبد الملك ابى العباس الشامى فلا علة فيه كما زعم الحافظ فان فيه رائحة التعصب المذهبى ؛ و لا استحالة فى ان يروى الحديث بالوجهين الارسال و الاتصال ، و اذا كان كذالك و الراوى ثقة فالرجحان للاتصال على الارسال و القضاء له عليه . كما فى الأصول ، و هو غير خفى عن الفحول ، فلا يضرنا ادخال ابراهيم بن مرة بين الأوزاعى و بين عطاء و ابراهيم بن مرة ، قال النسائى فيه : ليس به بأس ، و اخرج حديثه فى السنن الكبرى ، و ذكره ابن حبان فى الثقات - كما نقله الحافظ نفسه فى ج ١ ص ١٦٤ من التهذيب ، فكيف اطلق فيه القول و قال و فيه مقال موهما بأنه لم يوثقه احد ! و لم يذكر فى المضعفين له غير الهيثم بن خارجة ، و اقره الوليد بن مسلم على ذلك - اه . و لما كان الثيوبة علة الرد لما لا يجوز ان تكون البكارة ايضا علة لرد النكاح ، وهى ايضا مذكورة فى الحديث بل الظاهر الصواب الذى لا معدل عنه الى غيره ان علة الرد هى كراهة المنكوحة - راجع لذلك ج ٩ ص ٤٢٤ من عمدة القارئ للحافظ البدر العينى . و قال الحافظ فى الفتح : و قال البيهقى : ان ثبت الحديث فى البكر حمل على انها زوجت بغير كفوء . والله اعلم . قلت : و هذا الجواب هو المعتمد فانها واقعة عين فلا يثبت الحكم فيها تعميما ، و اما الطعن فى الحديث فلا معنى له فان طرقه تقوى بعضها ببعض . و لقصة خنساء بنت خدام طريق اخرى اخرجها الدارقطنى و الطبرانى من طريق هشام عن عمر بن ابى سلمة عن ابيه عن ابى =

فأتت النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: إن أبي زوجني و لم يستأمرني و قد ملكت أمري؛ قال: فلا نكاح بينكما فانكحي من شئت؛ قال: فنكحت أبا لبابة[١].

= هريرة: ان خنساء بنت خدام زوجها ابوها وهي كارهة فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها و لم يقل فيه بكرا و لا ثيبا؛ قال الدارقطني: رواه ابو عوانة عن عمر مرسلا لم يذكر ابا هريرة - انتهى ما في الفتح . فالثيوبة او البكارة ليست بعلة الرد، بل الكراهة وعدم الرضا وهي عام يقتضي التعميم، و اليه اشار البخاري في صحيحه حيث قال « باب اذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود »؛ قال الحافظ: هكذا اطلق فشمل البكر و الثيب لكن حديث الباب مصرح فيه بالثيوبة فكأنه اشار الى ما ورد في بعض طرقه؛ و قال في ج ٧ ص ١١٧ من الجوهر النقي: ثم ذكر البيهقي الحديث من رواية عطاء عن جابر ثم قال: الصواب عن عطاء مرسل، و ان صح فكأنه كان وضعها في غير كفوء فخيرها عليه السلام، و على ذلك حمل ايضا حديث عبد الله بن بريدة عن عائشة، ثم قال: مرسل ابن بريدة لم يسمع من عائشة . قلت: اذا نقل الحكم مع سببه فالظاهر تعلقه به، و تعلقه بغيره محتاج الى دليل، و قد نقل الحكم و هو التخيير و ذكر السبب و هو كراهة الثيب و لم يذكر سبب آخر؛ و ابن بريدة ولد سنة خمس عشرة و سمع جماعة من الصحابة ، و قد ذكر مسلم في مقدمة كتابه: ان المتفق عليه ان كان اللقاء و السماع يكفي للاتصال؛ و لاشك في امكان سماع ابن بريدة من عائشة فروايته عنها محمولة على الاتصال، على ان صاحب الكمال صرح بسماعه منها، و في قولها « اجزت ما صنع » دليل على ان النكاح يقف على الاجازة، خلافا للبيهقي و اصحابه - انتهى . فظهر لك من هذا كله انهما حديثان مستقلان في حادثتين احدهما في بكر و الآخر في ثيب، فلا يتنافيان لأن حمل الأحاديث المتضادة ظاهرا على وجه يرفع التضاد اولى، راجع ج ١ ص ١٧٩ من معتصر المختصر - فالحمد لله عليه .

(١) هو ابو لبابة بن عبد المنذر الأنصاري المدني، من رجال البخاري و مسلم =

محمد قال : أخبرنا إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق قال : حدثنا عبد العزيز بن رفيع[١] عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال[٢] : أرادت

= و ابي داود و ابن ماجه ، اسمه بشير بن عبد المنذر ، و قيل : رفاعة ، و قيل : بشير - بضم الباء مصغرا ، وقيل : يسير ، وقيل : مروان بن عبد المنذر ، وقيل : رفاعة و مبشر اخواه من بنى عمرو بن عوف بن الأوس ، روى عن النبي صلى الله عليه و سلم و عن عمر بن الخطاب ، يقال شهد بدرا ، و يقال رده النبي صلى الله عليه و سلم حين خرج الى بدر من الروحاء و استعمله على المدينة و ضرب له بسهمه و اجره فكان كمن شهدها ، ثم شهد احدا و ما بعدها ، و كانت معه راية بنى عمرو بن عوف يوم الفتح ، و كان احد النقباء ، شهد العقبة ؛ مات فى خلافة علي ، و يقال : بعد الخمسين ، و قال خليفة : مات بعد مقتل عثمان ؛ و روى عنه ولداه السائب وعبد الرحمن و ابن عمر و سالم بن عبد الله ابن عمر و نافع و غيرهم - كما فى ج ١٢ ص ٢١٤ من التهذيب ، و راجع الاستيعاب .

(١) عبد العزيز بن رفيع مضى فى باب ما يكره من بيع الرقيق - فتذكره .

(٢) مرسل ، وقد رواه الدارقطني و الطبراني - كما فى ج ٩ ص ٤٢٣ من عمدة القارى و الفتح - من طريق هشيم عن عمر بن ابي سلمة عن ابيه عن ابي هريرة موصولا : ان خنساء بنت خدام زوجها ابوها و هي كارهة فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ، و لم يقل فيه بكرا و لا ثيبا ؛ قال الدارقطني : رواه ابو عوانة عن عمر مرسلا و لم يذكر ابا هريرة - انتهى . و الحديث رواه البيهقي ايضا فى سننه الكبرى و قال مثل ما قال الدارقطني ؛ قلت : لكن هشيما احفظ من ابي عوانة - كما فى ترجمتهما من التهذيب ؛ فرواية هشيم ارجح من ابي عوانة و الوصل من الثقة زيادة فتقبل و ترجح على رواية ابي عوانة ؛ و روى البيهقي من طريق الوليد بن مسلم ثنا شيبان عن يحيى بن ابي كثير عن ابي سلمة عن ابي هريرة ان رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم انكح ابنة له ثيبا كانت عند رجل فكرهت ذلك فأتت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت =

امرأة[1] أن تتزوج[2] عم بنيها[3] فزوجها أبوها غيره[4]، فأخبر رسول الله

= ذلك له فرد نكاحها، و رواه عمر بن ابي سلمة عن ابيه و سمى المرأة: خنساء بنت خدام - فذكره مرسلا؛ و قد قيل عنه: موصولا، و المرسل له اصح، و فيما مضى من الموصول كفاية - انتهى. و قوله اصح افعل التفضيل يدل، على ان الموصول ايضا صحيح، ثم رواه من طريق عبد الصمد: ثنا شعبة عن عبد العزيز بن رفيع عن ابي سلمة ان امرأة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ان ابي زوجني و انا كارهة و انا اريد ان اتزوج عم ولدى؛ قال: فرد النبي صلى الله عليه و سلم نكاحه؛ هذا هو الصحيح مرسل عن ابي سلمة - اه. و التفنن في العبارة بالأصح ثم بالصحيح موهم بأن الموصول ليس بصحيح، و الأمر ليس كذلك، كيف وقد رواه البيهقي من وجه آخر من طريق عبد الله بن المبارك عن ابي حنيفة عن عبد العزيز بن رفيع عن مجاهد عن ابن عباس ان امرأة توفى زوجها و لها منه ولد فخطبها عم ولدها الى والدها فقال له زوجنيها فأبى فزوجها غيره بغير رضى منها فأتت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت له ذلك، فأرسل اليه النبي صلى الله عليه و سلم فقال: أزوجتها غير عم ولدها؟ قال: زوجتها من هو خير لها من عم ولدها، ففرق بينهما و زوجها عم ولدها - اه ج ٧ ص ١٢٠ وهذا سند صحيح.

(١) كذا في الأصل، و في الهندية «امرة» و هو من سهو الناسخ. و هي خنساء بنت خدام كما في رواية عمر بن ابي سلمة عن ابيه، و قد تقدمت؛ و في رد نكاح البكر حديث جابر بن عبد الله وحديث ابن عمر وحديث ابي هريرة سبقت، وهي في ج ٩ ص ٤٦١ من المحلى، قال ابن حزم: و قد جاءت بهذا آثار صحاح؛ ثم سردها بأسانيدها، ثم قال: الآثار ههنا كثيرة؛ ثم قال: و قد جاء في رد انكاح الأب ابنته الثيب بغير اذنها حديث خنساء بنت خدام.

(٢) كذا في الأصل، و في الهندية «ان تزوج».

(٣) في الأصول «عم بنتها» و في رواية اخرى «عم صبياني» و في اخرى «عم =

صلى الله

[صلى الله عليه و آله و سلم] ' عن الخبر فأرسل إلى أبيها فقال: زوجتها وهى

= ولدى » و المراد من كلها الابن ، كما هو مصرح فى بعض طرق الحديث و كما فى الاستيعاب و عمدة القارى و فتح البارى و غيرها . (٤) قد تقدم ان الحافظ قال: لم اقف على اسمه ، الا ان الواقدى ذكر باسناد له انه من بنى مزينة ، و وقع فى رواية ابن اسحاق عن الحجاج بن السائب بن ابى لبابة عن ابيه عنها انه من بنى عمرو بن عوف - اه .
(١) سقط ما بين المربعين من الأصل و كان فى الأصل « و لم يألُ عن الخير فأرسل » و فى الهندية « فأخبر رسول الله عن الخبر » . و قال البخارى فى صحيحه : حدثنا اسحاق اخبرنا يزيد اخبرنا يحيى ان القاسم بن محمد حدثه ان عبد الرحمن بن يزيد و مجمع بن يزيد حدثاه : ان رجلا يدعى خداما انكح ابنة له - نحوه . ساق احمد لفظه عن يزيد ابن هارون بهذا الاسناد : ان رجلا منهم يدعى خداما انكح ابنته فكرهت نكاح ابيها فأتت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت ذلك له فرد عنها نكاح ابيها فتزوجت ابا لبابة بن عبد المنذر ؛ فذكر يحيى بن سعيد انه بلغه انها كانت ثيبا ، و هذا يوافق ما تقدم ، و كذا اخرجه ابن ماجه عن ابى بكر بن ابى شيبة عن يزيد بن هارون ؛ و اخرجه الاسمعيلى من طرق عن يزيد كذلك ؛ و اخرجه الطبرانى و الاسمعيلى من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد نحوه ؛ و اخرجه الطبرانى من طريق عيسى بن يونس عن يحيى كذلك ؛ و اخرجه احمد عن ابى معاوية عن يحيى كذلك لكن اقتصر على ذكر مجمع بن يزيد ، و الذى بلغ يحيى ذلك يحتمل ان يكون عبد الرحمن بن القاسم فسيأتى فى ترك الحيل من طريق ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن القاسم : ان امرأة من ولد جعفر تخوفت ان يزوجها وليها و هى كارهة فأرسلت الى شيخين من الأنصار عبد الرحمن و مجمع ابنى جارية قالا : فلا تخشين فان خنساء بنت خدام انكحها ابوها وهى كارهة فرد النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ؛ قال سفيان : و اما عبد الرحمن بن القاسم فسمعته يقول عن ابيه : ان خنساء - الحديث ؛ انتهى . و قد اخرجه الطبرانى من وجه آخر عن سفيان =

كارهة [١] ؟ قال : نعم ؛ قال : لا نكاح لك ، اذهبي فتزوجي من شئت [٢] .

= ابن عيينة عن عبد الرحمن عن ابيه عن خنساء موصولا ، و المرأة التي من ولد جعفر هي ام جعفر بنت القاسم بن محمد بن عبد الله بن جعفر بن ابي طالب ، و وليها هو عم ابيها معاوية بن عبد الله بن جعفر ، اخرجه المستغفري من طريق يزيد بن الهاد عن ربيعة باسناده : انها تأيمت من زوجها حمزة بن عبد الله بن الزبير فأرسلت الى القاسم بن محمد و الى عبد الرحمن بن يزيد فقالت : انى لا آمن معاوية ان يضعني حيث لا يوافقني ؛ فقال لها عبد الرحمن : ليس له ذلك و لو صنع ذلك لم يجز ، فذكر الحديث ، الا انه لم يضبط اسم والد خنساء و لاسمي بنته ، كما قدمته - قاله الحافظ في فتح الباري . و اقتصر الحافظ العيني في باب : اذا زوج الرجل بنته وهي كارهة ج ٩ ص ٤٢٤ على ذكر رواية احمد المذكورة الآن . و أنت تقول : اى فائدة في هذه الاطالة المملة في تصحيح كتاب الحجة وعندى ايضاح ما في موطأ محمد ايضا بأن للحديث طرقا و هو كالمتواتر و كلها عند أئمتنا وحديث كتاب الحجة معروف مشهور دائر بين الأئمة !!

و للناس فيما يعشقون مذاهب مناقب قوم عند قوم معائب

(١) العلة في رد انكاح الأب الكراهة فقط لا الثيوبة و لا البكارة ، وعقدة النكاح بيد المرأة البالغة لا الولى ، و ان كان ابا او جدا يرشدك قوله صلى الله عليه و سلم « زوجتها و هي كارهة ؟ قال : نعم » الى ما قلت من ان جواز النكاح موقوف على اجازتها و بيدها عقدته ، و الولى بمنزلة الوكيل و السفير لكيلا تنسب الى الوقاحة التي تشين الحسب و النسب و القبيله - كما لا يخفى .

(٢) في رواية « انكحي من شئت » حكم عام في انها مستبدة في حق نفسها و لا دخل فيها لوليها ، فاذا تزوجت جاز النكاح ، و التزوج بعبارتها و هو منطوق قوله صلى الله عليه و سلم ، « الأيم احق بنفسها من وليها » ؛ و هو يرشدك الى ان ولاية الولى على البالغة ليست ولاية اجبار بحيث ينفذ النكاح عليها بدون رضاها ، وحاصل قوله =

= صلى الله عليه و سلم « لا نكاح الا بولي » ليس الا انه لا يكون الا بشهوده وحضوره و رضاه و اذنه و اجازته ، و لا يدل الحديث بوجه من الوجوه على انه لا اهلية فيهن للانكاح و لا انعقاد له بعبارتهن ، و من قال بذلك فقد افترى على رسول الله صلى الله عليه و سلم ؛ و إليه يرشد حديث « ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » ليس فيه الا الاذن، فمن تزوجت بعبارتها باذن الولي جاز النكاح سابقا كان الاذن او لاحقا فانه صريح فى اذن الولي لا فى عبارته ، بل و لا تعلق له بمسألة الأهلية وعبارة الولي، و ليس فى تكرار الباطل غير المبالغة فى تأكد مطلوبية الاذن ، و لا ينقضي عجبي انهم كيف استدلوا بهذا الحديث على انه لا اهلية فى النساء للانكاح و التزوج بعبارتها و لا مساس له بهذه المسألة قط .

و من ههنا يظهر لك دقة مدارك الامام ابي حنيفة فى الاستدلال بالنصوص و تفريع المسائل عليها ، و الاذن عنده ليس حقا للولي ، بل نظرا الى النساء لنقصان عقلهن وسوء فكرهن فكثيرا ما لا يهتدين الى المصلحة و ربما رغبن فى غير الكفوء فيكون ذلك عارا على قومها . قال حكيم الهند فى « حجة الله البالغة » : اعلم انه لا يجوز ان يحكم فى انكاح النساء خاصة لنقصان عقلهن وسوء فكرهن فكثيرا ما لا يهتدين الى المصلحة و لعدم حماية الحسب منهن غالبا فربما رغبن فى غير الكفوء و فى ذلك عار على قومها فوجب للاولياء شيء من هذا الباب لتنسد المفسدة ؛ و ايضا السنة الفاشية فى الناس من قبل ضرورة جبلية ان يكون الرجال قوّامين على النساء و يكون بيدهم الحل و العقد و عليهم النفقات ، و انما النساء عوان بأيديهم ، و هو قوله تعالى « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض » ؛ و فى اشتراط الولي فى النكاح تنويه بأمرهم ، و استبداد النساء بالنكاح وقاحة منهن ، منشأها قلة الحياء و اقتضاب على الأولياء و عدم اكتراث لهم ؛ و ايضا يجب ان يميز النكاح من السفاح بالتشهير ، و احق التشهير ان يحضر اولياؤها ، و قال صلى الله عليه و سلم : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر ، و لا البكر =

و قال محمد: و قد زوجت عائشة[٥] رضى الله عنها حفصة[٦] بنت عبد الرحمن ابن أبى بكر[١] المنذرَ بن الزبير[٢] وعبدُ الرحمن[٣] غائب [بالشام][٤] فلما قدم

= حتى تستأذن و اذنها الصموت» و فى رواية «البكر يستأذنها ابوها»؛ اقول: لا يجوز ايضا ان يحكم الأولياء فقط فانهم لا يعرفون ما تعرف المرأة من نفسها، و لأن حار العقد و قاره راجع اليها؛ و الاستئمار طلب ان تكون هى الآمرة صريحا، و الاستئذان طلب ان تأذن و لا تمنع و ادناه السكوت؛ و انما المراد استئذان البكر البالغة دون الصغيرة، كيف و لا رأى لها! و قد زوج ابو بكر الصديق عائشة من رسول الله صلى الله عليه وسلم و هى بنت ست سنين - اه. و يأتى له مزيد بحث فانتظره.

(١) بنت ابن الصديق، من ثقات التابعات، روى لها مسلم و الثلاثة - قاله الزرقانى فى شرح الموطأ، و امها قريبة - مكبرا و مصغرا - بنت ابى امية بن المغيرة المخزومية الصحابية اخت ام سلمة، زوجة المنذر بن الزبير، روت عن ابيها وعمتها عائشة و ام سلمة، و عنها عراك بن مالك و عبد الرحمن بن سابط و يوسف بن ماهك و عون بن عباس، قال العجلى: تابعية ثقة؛ و ذكرها ابن حبان فى الثقات - قاله الحافظ فى ج ١٢ ص ٤١٠ من التهذيب.

(٢) هو ابن الزبير بن العوام الأسدى، ابو عثمان، شقيق عبد الله، و روى عن أبيه، وعنه ابنه محمد و فليح بن محمد بن المنذر، ذكره ابن حبّان فى ثقات التابعين، و ذكر ابن عائذ فى المغازى ان المنذر غزا القسطنطينية فذكر له قصة مع حكيم بن حزام هناك و ان حكيما اثنى عليه، و ذكر مصعب الزبيرى ان المنذر غاضب اخاه عبد الله فخرج من مكة الى معاوية فأجازه جائزة عظيمة و اقطعه ارضا بالبصرة؛ و روى مالك فى الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان عائشة رضى الله عنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن ابن ابى بكر المنذر بن الزبير و عبد الرحمن غائب فلما قدم انكر ذلك ثم اقره. و ذكر الزبيرى ان المنذر فارقها و تزوجها الحسن بن على رضى الله عنهما فاحتال المنذر =

قال

قال: و مثلى [يصنع به هذا و] [١] يفتات [٢] عليه فى بناته [٣] !! فقالت عائشة للمنذر: لتملكن عبد الرحمن أمرها؛ فقال: ما لى [٤] رغبة [عنه] [٥] و لكن مثلى لا يُفتات عليه فى بناته .

محمد قال: أخبرنا مالك بن أنس قال أخبرنا عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه [٦] عن عائشة رضى الله عنها أنها زوجت حفصة ابنة عبد الرحمن بن أبى بكر

= عليه حتى طلقها فتزوجها عاصم بن عمر فاحتال عليه المنذر حتى طلقها فأعادها المنذر ، و ان المنذر بن الزبير كان عند عبيد الله بن زياد لما امتنع عبد الله بن الزبير من بيعة يزيد فكتب يزيد الى عبيد الله ان يقبض على المنذر فبلغ المنذر فهرب الى مكة ، فقتل المنذر فى الحصار الأول بعد وقعة الحرة سنة اربع و ستين - قاله الحافظ فى ص ٤١١ من تعجيل المنفعة ، و نحوه فى ج ٣ ص ٣٩ من شرح الزرقانى .

(٣) ابن ابى بكر الصديق رضى الله عنه ، قد مضى ذكره فى عمرة عائشة من التنعيم .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول ، و زيد من الموطأ .

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول . و زيد من الموطئين و آثار الطحاوى و غيرها من كتب الحديث .

(٢) من الافتيات ، المأخوذ من الفوت ، اى يستبد برأيه .

(٣) فى الحديث الآتى الذى فى الموطئين و آثار الطحاوى و سنن البيهقى و غيرها «بناته» .

(٤) و فى الأصول «ما بى رغبة» بالباء ، و الصواب «ما لى» .

(٥) سقط ما بين المربعين من الأصول . الحديث رواه الطحاوى و مالك فى باب ما لا يبين من التمليك من الموطأ ، و الامام محمد فى باب الرجل يجعل امرها بيدها او غيرها من الموطأ ، و البيهقى و غيرهم ، راجع نصب الراية و الدراية لابن حجر رحمه الله و التلخيص الحبير .

(٦) هذا الاسناد مضى فى طيب المحرم؛ و القاسم هو القاسم بن محمد بن ابى بكر الصديق - رضى الله عنهم .

المنذر بن الزبير و عبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال : مثلى يصنع به هذا و يفتات عليه ببناته[1] ! فكلمت عائشة المنذر بن الزبير و قالت : لتملكنه أمرها ؛ فقال [المنذر][2] : فان ذلك بيد عبد الرحمن ؛ فقال عبد الرحمن : ما لى رغبة عنه و لكن ليس مثلى يفتات عليه ببناته و ما كنت لأرد أمرا قضيته[3] ؛ [4] فقرت امرأته تحته[4] ، و لم يكن ذلك طلاقا . قال محمد : فهذه عائشة رضى الله عنها قد زوجت[5] المنذر بن الزبير

(١) موضع استفهام ، و وقع فى آثار الطحاوى « أ مثلى » باظهار همزة الاستفهام .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول ؛ اى المنذر بن الزبير

(٣) فى آثار الطحاوى « قضيتيه » و كلاهما صحيح ؛ قال الزرقانى : بكسر التاء خطابا لأخته عائشة ، و فى نسخة صحيحة « قضيتيه » باثبات الياء لاشباع الكسرة - اه .

(٤ - ٤) قلت : و فى الأصل « فرت امرأته عنه » و فى الهندية « خيرت امرأته عنه » ؛ اما « فرت » فتصحيف « فقرت » و « عنه » تصحيف « تحته » ؛ و اما « خيرت » فلم يقدر الناسخ ان يقرأ اللفظ فحرفه شر تحريف ، فلم يسقط شيء من الأصول و لكن صحفت الحروف و حرفت ، و التصحيح من الموطئين و آثار الطحاوى . و فى الأصول « قال محمد . . . . » ثم بياض ثم بعد البياض « فرت : امرأته عنه و لم يكن ذلك طلاقا » . و فى آثار الطحاوى « فقرت حفصة عنده و لم يكن ذلك طلاقا » و فى موطأ مالك « فقرت حفصة عند المنذر و لم يكن ذلك طلاقا » . و يظهر لك من هذا ان ما فى الأصول «قال محمد» ليس فى مقامه لأن ما بعده ليس بمقولة محمد ، فلعله كان من تروك الأصل على الهامش فأدرجه الناسخ فى غير مقامه ، و مقامه قبل قوله « فهذه عائشة » فأدرجناه فى مقامه فاستقام الكلام و السياق ، و البياض ايضا من سهو الناسخ و لم يسقط هاهنا شيء انما هو تصحيف و تقديم و تأخير من الناسخ . و الله جل شأنه اعلم - ف .

(٥) و التأويل بأنه اريد به انها مهدت تزويجها ثم تولى عقد النكاح غيرها فأضيف =

ابنة عبد الرحمن و رأت ذلك جائزا مستقيما[١] ، و قد زعمتم أن النساء ليس

= التزويج اليها ، كما صدر من البيهقي في السنن رده في الجوهر النقي بقوله : هذا مع بعده و مخالفته للظاهر يظهر منه ان الولي الأقرب ان غاب تنتقل الولاية الى الولي الأبعد ، و الصحيح عند الشافعية خلافه - انتهى . و قول عائشة : المرأة لا تلي عقدة النكاح كما رواه البيهقي في سننه ، في سنده الشافعي عن الثقة . و هذا ليس بحجة على ما عرف ، و افسده الطحاوي في اختلاف العلماء بأمرين : احدهما ان ابن حنبل قال ابن جريج يقول : اخبرت عن عبد الرحمن بن القاسم ، فصار من بينه و بين عبد الرحمن مجهولا . و الآخر ان ابن ادريس يرويه عن ابن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم عن عائشة مرسلا لا يذكر فيه « عن ابيه » - قاله في الجوهر النقي ج ٧ ص ١١٢ . و المرسل و المنقطع و ما فيه المجهول ليس بحجة عندهم - هذا .

(١) لقد نبهت عائشة رضي الله عنها بفعلها هذا على ان الحديث الذي روته عنه صلى الله عليه و سلم « ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » او حديث « لا نكاح الا بولي » لا تعلق له بانكاح النساء البالغات انفسهن بعبارتهن و هن احق بانفسهن من اوليائهن ، و ان ولايتهم عليهن نظرية لا جبرية ولذا زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير ؛ نعم ! الحديث دليل على ان اذن الولي ضروري لا عبارته ، و ان النكاح ينفذ اذا سبقه او لحقه الاجازة و الاذن ، وسواء صدر النكاح بعبارة الولي او بعبارة المولية ؛ وعندنا ايضا دخل لاذن الولي في بعض الصور ، مثلا لو نكحت في غير الكفوء بغير اذن الولي فنكاحها باطل في رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ، و في ظاهر الرواية له حق الفسخ بالمرافعة الى القاضي ، و رضا المولية مقدم على رضا الولي عند تعارض الرضائين ولذا رد نكاح خنساء الثيب و المرأة البكر اللتين انكحهما ابواهما و هما كارهتان كما عرفت من قبل ، و الحديث المذكور مبنى على العرف و العادة فان عقدة النكاح لا تكون الا في مجامع الرجال ، و المرأة في =

إليهن من النكاح شيء[١] فما بال العبيد إذا أمر العبد سيده بالنكاح لم يجز

= مثل هذه الحالة لا تشهدها عرفا و عادة من اى قوم و جماعة كانت بشرط ان تكون مسلمة ، و انصرام الأمور فى امثال ذلك يكون مفوضا الى الأولياء و الوكلاء ، و الا تنسب الى الوقاحة الشنيعة : و بالجملة ان عائشة رضى الله عنها اشارت بفعلها الى ان الحديث المذكور لم يرد فى ان النكاح لا ينعقد الا بلسان الرجال و عبارتهم . بل ورد فى الاذن و الاجازة فانهم يعرفون احوال الناس و عاداتهم و اخلاقهم بالورود و الصدور ولذا حث الشرع على تفويض امورها اليهم لا سيما النكاح فان بسببه تتولد امور تشين القوم او تزينهم ، كيف و قد اضاف الله تعالى الانكاح اليهن فى قوله « حتى تنكح زوجا غيره » و قوله « فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن » و غير ذلك من الآيات ؛ و من نسب الى عائشة نسيان الحديث فقد سعى فى رفع الأمن عن الأحاديث و الآثار . و عليك المراجعة الى فتح القدير و البناية و شرح معانى الآثار للطحاوى و الجوهر النقى و البدائع و نصب الراية و معتصر المختصر فان فيها شفاء لما فى الصدور .

(١) فكيف انكحت عائشة حفصة ؟ وكيف زوجت خنساء نفسها بمن تهواه بعد رده صلى الله عليه و سلم انكاح ابيها ؟ وكيف قال صلى الله عليه و سلم « الأيم احق بنفسها من وليها و البكر تستأذن »! قال فى التنقيح - كما فى ج ٣ ص ١٩٣ من نصب الراية : لا دلالة فى هذا الحديث على ان البكر ليست احق بنفسها الا من جهة المفهوم ، و الحنفية لا يقولون به ، ثم على تقدير القول به - كما هو الصحيح - لا حجة فيه على اجبار كل بكر لأن المفهوم لا عموم له فيمكن حمله على من هى دون البلوغ ؛ ثم ان هذا المفهوم قد خالفه منطوقه و هو قوله « و البكر تستأذن » و الاستئذان مناف للاجبار ، و انما التفريق فى الحديث بين الثيب و البكر لأن الثيب تخطب الى نفسها فتأمر الولى بتزويجها ، و البكر تخطب الى وليها فيستأذنها ، و لهذا فرق بينهما فى كون الثيب ، اذنها الكلام =

أن

أن يزوج نفسه أو يزوج مولاه و قد وكله مولاه بذلك ؟ فلم لا يجوز ذلك و قد جاء فى هذا الحديث[١] و قد جاءت الآثار فى تزويج المرأة نفسها و غيرها من غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن على و غيره ؟!

= و البكر اذنها الصمات . لأن البكر لما كانت تستحي ان تتكلم فى امر نكاحها لم تخطب الى نفسها ، و الثيب تخطب الى نفسها لزوال حياء البكر عنها فتكلم بالنكاح و تأمر وليها ان يزوجها ، فلم يقع التفريق فى الحديث بين الثيب و البكر لأجل الاجبار و عدمه - اه . و قال الامام محمد فى باب البكر تستأمر فى نفسها ص ٢٤٨ من الموطأ : اخبرنا مالك اخبرنا عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : الأيم احق بنفسها من وليها ، و البكر تستأمر فى نفسها و اذنها صماتها ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، و هو قول ابى حنيفة ؛ و ذات الأب و غير الأب فى ذلك سواء ؛ اخبرنا مالك اخبرنا قيس بن الربيع الأسدى عن عبد الكريم الجزرى عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : تستأذن الأبكار فى انفسهن ذوات الأب و غير الأب ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ - انتهى .

(١) يشير الى ما اخرجه الترمذى عن ابن جريج عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر - اه ؛ قال : حديث حسن صحيح . و رواه الحاكم فى المستدرك و قال : حديث صحيح الاسناد و لم يخرجاه - اه . و اخرجه الترمذى ايضا عن زهير بن محمد عن ابن عقيل عن جابر به و قال : حديث حسن - اه . هكذا وجدته فى عدة نسخ ، و شيخنا ابو الحجاج المزى لم ينقل عنه فى اطرافه الا التحسين فقط تابعا لابن عساكر فى اطرافه ، و كذلك المنذري فى مختصره مقلدا للاطراف كما هو عادته - فاعلم ذلك ؛ قال الترمذى : وقد روى هذا الحديث عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن ابن عمر و لا يصح ، انما هو من رواية عبد الله عن جابر - انتهى . و فى الباب عن ابن عمر عن النبي صلى الله =

محمد قال : أخبرنا عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة بن عبد الله بن مسعود عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود [عن أبيه] [١] رضى الله عنهم قال : دخل المسيب بن نجبة [٢] على قريعة بنت حبان [٣] و هو ابن عمها [٤] و خالها و قال :

= عليه و سلم قال : اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ؛ رواه ابو داود عن عبد الله بن عمر عن نافع عنه به ، و قال : ضعيف و هو موقوف من قول ابن عمر - اه . و رواه ابن ماجه فى سننه من وجه آخر عن ابن عمر مرفوعا بلفظ : اذا تزوج العبد بغير اذن سيده كان عاهرا - اه . و الكلام فيه فى ج ٣ ص ٢٠٤ من نصب الراية فراجعه .

(١) ما بين المربعين سقط من الأصول و لا بد منه ؛ و مثل هذا الاسناد قد مضى فيما قبل .

(٢) قال البخارى فى ج ٤ ص ٤٠٧ من تاريخه الكبير : مسيب بن نجبة عن حذيفة ، قال لى عبد الله بن محمد : نا معاوية بن عمرو قال نا ابو اسحاق عن شريك عن ابى اسحاق قال : سألت المسيب بن نجبة و عبد الله بن يزيد و سليمان بن صرد عن الجعل فقالوا : لا بأس به - انتهى . و نجبة بالنون و الجيم و الباء الموحدة هو الصواب ، و هو مخضرم ، من رجال الترمذى - كما فى الخلاصة . و فى ج ١٠ ص ١٥٤ من التهذيب : كوفى ، روى عن حذيفة و على (و ابن مسعود) ، و عنه ابو اسحاق السبيعى و ابو ادريس المرهبى ؛ قال ابن ابى حاتم عن ابيه يقال : انه خرج مع سليمان بن صرد فى طلب دم الحسين بن على فقتلا سنة خمس و ستين ، قلت : فى وقعة عين الوردة ، تقدمت الاشارة الى ذلك فى ترجمة سليمان ؛ و قال ابن سعد فى الطبقة الأولى من اهل الكوفة : المسيب بن نجبة ابن ربيعة بن رباح بن عوف بن هلال بن سمح بن فزارة ، شهد القادسية و مشاهد على وقتل يوم عين الوردة مع التوابين ؛ و قال العسكرى : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا و ليست له صحبة - انتهى .

(٣) كذا فى الأصول بالقاف « قريعة بنت حبان » و لم احدها فى الاستيعاب و تجريد =

يا فريعة ! أشعرت أنه ولدت لى جارية ؟ فقالت : بارك الله لك ؛ قال : فانى قد أنكحتها ابنك ! قالت : قبلت ، ثم لبث ساعة فقال : ما كنت بجاد [١] و ما كنت إلا لاعبا ، قالت : قد عرضت على النكاح و قد قبلت ! قال : بينى و بينك عبد الله بن مسعود ، فدخل عليهما عبد الله بن مسعود فلما قصا [٢] عليه القصة قال : حدثت يا مسيب بالنكاح ؟ قال : نعم ، قال فان النكاح جده و لعبه سواء كما ان الطلاق جده و لعبه سواء ، و أجاز قول فريعة « قد قبلت » و كانت فريعة امرأة عبد الله [٣] .

= الصحابة و لا فى التهذيب و لا فى الميزان و اللسان و التعجيل ، و فيها الفريعة ٠ بالفاء لكن ليست ابنة حبان بل الفريعة بنت مالك بن سنان الخدرية الأنصارية زوجة ابى سعيد - كما فى ج ١٢ ص ٤٤٥ من التهذيب ؛ و من اسمها « فريعة » بالفاء احدى عشرة نسوة فى ج ١ ص ٣١٢ من تجريد الصحابة للذهبي و ليس فيهن فريعة بنت حبان ، نعم فيه فريعة بنت الحباب بن رافع الأنصارية ذكرها ابن حبيب وكناها ابن سعد بأم الحباب - اه ٠ ولعلها هى فى الكتاب - و العلم عند الله تعالى ٠ و فى التجريد من اسمها « قريبة » خمسة نسوة فراجع الكتب ٠　(٤) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « و هو بن عمها » ٠

(١) فى الأصول « ابجاد » و هو خطأ ٠

(٢) فى الأصول « فلما قضى » بالصاد والياء و هو خطأ و الصواب « قصّا » ٠

(٣) تأمل فيه ؛ و ابن مسعود رضى الله عنه له امرأتان معروفتان إحداهما رائطة بنت عبد الله - كما فى التجريد و التعجيل ص ٥٥٦ ؛ و الثانية زينب - كما فى التجريد و التهذيب ؛ و لم ار فى الكتب « فريعة امرأة عبد الله بن مسعود » فعليك المراجعة الى الكتب من مظان العلم ؛ و الباب كثير الأغلاط كما عرفت و كما ستعرف بعده ، و ليس عندى كتب الرجال و الطبقات حتى اراجع اليها الا ما ذكرت ٠ قلت : و راجعت انا =

محمد قال : أخبرنا يعقوب بن إبراهيم[١] قال أخبرني سليمان بن أبي سليمان الشيباني[٢] عن أمه[٣] عن بحريه ابنة هانئ[٤] أنها أنكحت نفسها القعقاع بن

= اسد الغابة و الاصابة و طبقات ابن سعد فلم اجد فيها « فريعة امرأة عبد الله » و لم يقيده الامام بابن مسعود ؛ و وجدت قفيرة الهلالية بالتصغير و يقال لها : مليكة - ذكرها فى اسد الغابة و الاصابة امرأة عبد الله بن ابي حدرد ، قالا : ذكرها مسلم فى وحدان لم يرو عنها الا الأعرج - راجع ج ٥ ص ٥٣٥ من اسد الغابة و ج ٨ ص ١٧١ من الاصابة ؛ و راجعت انا كتاب الوحدان لمسلم فهى فيه ص ٧ طبع الهند فلعلها هى صحف اسمها ؛ و الله اعلم - ف .

(١) هو الامام ابو يوسف القاضى ، صاحب ابي حنيفة رحمهما الله تعالى ، مر مرارا .

(٢) هو ابو اسحاق الشيبانى ، مر مرارا .

(٣) كذا فى الأصول و لم اقف عليها ، و لعله زيادة من الناسخين ، و الا فالشيبانى رواه عن بحرية او عن القعقاع او عن ابي قيس الأودى بدون واسطة أمه - كما فى المحلى و سنن البيهقى ؛ و العلم فى اعناق العلماء امانة .

(٤) فى الأصول « مخرمة ابنة هانئ » بالميم و الخاء المعجمة بعدها راء مهملة ثم ميم ، و لم اجدها فى كتب عندى من الرجال بعد التفحص البالغ الشديد و الجهد المزيد ، ثم وجدتها فى ج ٧ ص ١١٢ من السنن الكبرى للبيهقى « بحرية بنت هانئ بن قبيصة » بالباء الموحدة بعدها حاء مهملة ثم راء مهملة ثم ياء تحتانية و هو الصواب ، و ما فى الأصول خطأ ، و ليست هى فى الميزان و اللسان و التهذيب و التعجيل ؛ و قال البيهقى و بحرية مجهولة - اه . قال البيهقى فى السنن من طريق سعيد بن منصور : ثنا هشيم انبأ الشيبانى - فذكره ؛ و رواه ابو عوانة و ابن ادريس عن الشيبانى عن بحرية بنت هانئ ابن قبيصة انها زوجت نفسها بالقعقاع بن شور و بات عندها ليلة وجاء ابوها فاستعدى عليا فقال : أدخلت بها ؟ قال نعم ؛ فأجاز النكاح - اه . و رواه ابن حزم فى =

شور

شور [١] فخاصمه أبوها إلى على بن أبي طالب رضى الله عنه فأجاز النكاح ، و قد كان دخل بها .

محمد قال : أخبرنا يعقوب بن إبراهيم قال أخبرنا سليمان بن أبي سليمان

= ج ٩ ص ٤٥٤ من المحلى من طريق محمد بن بشار بندار : نا ابو داود الطيالسي نا شعبة عن ابي اسحاق الشيباني وسفيان الثوري ، قال ابو اسحاق : كانت فينا امرأة يقال لها « بحرية » زوجتها امها و كان ابوها غائبا فلما قدم ابوها انكر ذلك فرفع ذلك الى على فأجاز ذلك ؛ قال شعبة : و اخبرني سفيان الثوري انه سمع ابا قيس يحدث عن هذيل بن شرحبيل عن على بن ابي طالب بمثله ؛ و من طريق الحجاج بن المنهال : نا شعبة بن الحجاج قال اخبرني سليمان الشيباني هو ابو اسحاق قال سمعت القعقاع قال : انه تزوج رجل امرأة منا يقال لها « بحرية » زوجتها اياه امها فجاء ابوها فأنكر ذلك فاختصما الى على بن ابي طالب فأجازه - انتهى . فعلم من هذا كله ان المرأة هي بحرية بنت هانئ بن قبيصة ، لا مخرمة بنت هانئ كما في الأصول ؛ و الشيباني يروى عنها .

(١) في الأصول « القعقاع بن المسور » و لم اجده بعد التفحص البليغ ، و الصواب « ابن شور » كما في السنن البيهقي ، و هو في ج ٤ ص ١٨٨ من تاريخ البخاري اكتفى بذكر اسمه و لم يذكر فيه جرحا و لا تعديلا لكن قال الذهبي في ج ٢ ص ٣٤٨ من الميزان : قعقاع بن شور ، قال ابو حاتم : ضعيف الحديث - اه . زاد الحافظ في ج ٤ ص ٤٧٤ من اللسان ، و المعروف بالتحديث عبد الملك بن اخي القعقاع بن شور ، و القعقاع من كبار الأمراء في دولة بني امية و فيه يقول الشاعر :

و كنت جليس قعقاع بن شور — و لا يشقى لقعقاع جليس

و في هامش تاريخ البخاري : وهو رجل مشهور بالشرف و الجود - راجع لسان الميزان ٤ / ٤٧٤ ؛ و ذكره ابن ابي حاتم و قال : سألت ابي عنه و قلت له : ان البخاري ادخل اسمه فيمن يسمى القعقاع ..... ح هذا ما عندي في الحال .

الشيباني عن أبي قيس الأودي [عن هزيل بن شرحبيل] [٢] أن امرأة

(١) هو عبد الرحمن بن ثروان الأودي بالثاء المثلثة، و قد مضى في نقض الوضوء بمس الذكر، و وقع في ج ٨ ص ٢٩٦ الطبعة الأولى من كنز العمال «الأزدي» بالزاي و هو خطأ، و في المحلى: عن ابي قيس عن هذيل بن شرحبيل عن علي بمثله؛ و في كنز العمال: عن ابي قيس الأودي عن من حدثه . و قال البيهقي في السنن من طريق قبيصة عن سفيان عن ابي قيس عن هذيل ان عليا رضي الله عنه اجاز نكاح الخال (هكذا قال: الخال) و قد روى عن ابي قيس الأودي عمن اخبره عن علي رضي الله عنه انه اجاز نكاح امرأة زوجتها امها برضي منها؛ و رواه من طريق سعيد ابن منصور: ثنا ابو اسحاق الشيباني عن ابي قيس الأودي فذكره، و قد قيل عن الشيباني عن ابي قيس الأودي ان امرأة من عائذ الله يقال لها «سلمة» زوجتها امها و اهلها فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فقال: أليس قد دخل بها فالنكاح جائز - اه . و اسناده نقلت قبله .

تنبيه

قال البيهقي في ج ٧ ص ١١٢ من السنن بعد رواية الأثر المذكور: و هذا الأثر مختلف في اسناده و متنه، ومداره على ابي قيس الأودي و هو مختلف في عدالته و بحرية مجهولة - اه . قال ابن التركماني في الجوهر النقي: قلت: احتج به البخاري و صحح الترمذي حديثه، و ذكره ابن حبان في الثقات، و قد تقدم في باب مس الفرج ببطن الكف توثيقه عن غير واحد، و لا اعلم احدا من اهل هذا الشان قال فيه «انه مختلف في عدالته» غير البيهقي، و قد جاء ذلك من وجه آخر، قال ابن ابي شيبة: ثنا ابن فضيل عن ابيه عن الحكم قال: كان علي اذا رفع اليه رجل تزوج امرأة بغير ولي فدخل بها امضاه فقد روى من وجوه يشد بعضها بعضا - انتهى . قلت: و الجهالة في خير القرون لا تضرنا و لا تكون قادحة في اسناد الحديث - تدبر .

(٢) و هو هزيل بن شرحبيل الأودي الكوفي الأعمى، اخو الأرقم بن شرحبيل، =

معه فى الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا زوجها إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فأجاز النكاح .

أخبرنا محمد قال أخبرنا سفيان الثورى عن منصور بن المعتمر قال : سألت إبراهيم النخعى عن رجل تزوج [1] امرأة بشهادة شاهد ؟ قال : يفرق بينهما ، و إن ظهر عليهما [2] عوقبا ، و أدنى ما يكون شاهدين [3] و خاطب .

محمد قال : و أخبرنا أبو كدينة يحيى بن المهلب [4] عن المطرف بن طريف [5] عن عامر الشعبي [6] أنه سئل عن رجل تزوجت ابنته و هو غائب

= روى عن اخيه و عثمان و على و طلحة و ابن مسعود و سعد و ابى ذر و سعد بن عبادة و قيس بن سعد و ابن عمر و مرة الهمدانى و مسروق ، و عنه ابو اسحاق السبيعى و ابو قيس عبد الرحمن بن ثروان و طلحة بن مصرف وحر بن مسكين و الحسن البغوى و عمرو بن مرة ، ذكره ابن حبان فى الثقات ، مات بعد الجماجم ، و قال ابن سعد فى الطبقة الأولى من الكوفيين : كان ثقة ، و قال العجلى : كان ثقة من اصحاب عبد الله ، و قال الدارقطنى : ثقة . و قال ابو موسى المدينى فى ذيل الصحابة : يقال انه ادرك الجاهلية - كذا فى ج ١١ ص ٣١ من التهذيب . (٣) ما بين المربعين زدته لما فى المحلى و البيهق ؛ وعندى سقط هو من الأصول ، وهو فى ج ٦ ص ١٥٢ من التهذيب .

(١) فى الأصول « زوج » و له معنى .

(٢) كذا فى الأصول ، و تأمل فيه .

(٣) قوله « شاهدين » كذا فى الأصول ، و الصواب « شاهدان » .

(٤) مضى فى باب مس الذكر و غيره .

(٥) مضى فى باب الذى يواقع اهله فى الحج ، و هو الحارثى الكوفى - ج ١٠ ص ١٧٢ من التهذيب .

(٦) مضى فى باب مسح الخفين و فى ابواب متفرقة .

فجاء فأنكر وقال عامر: أدخل بها؟ [قال: نعم] [١] قال: فليسكت.

أخبرنا محمد قال أخبرنا محمد بن أبان بن صالح عن حماد قال قال إبراهيم: إذا كان الولى غائبا فولت المرأة رجلا من قومها فزوجها ثم جاء الولى فأنكر ذلك فأراد أن يرد سأل الامام أو القاضى عن الرجل فان

(١) سقط من الأصول و لا بد منه. و فى المحلى ج ٩ ص ٤٥٥ بعد رواية اثر على المذكور: و الخبر المشهور عن عائشة ام المؤمنين انها زوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير و عبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم انكر ذلك فجعل المنذر امرها اليه فأجازه؛ و روينا ان امامة بنت ابى العاص بن ابى الربيع و امها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و سلم خطبها معاوية بعد قتل على رضى الله عنه و كانت تحت على فدعت بالمغيرة بن نوفل بن الحارث بن عبد المطلب فجعلت امرها اليه فأنكحها نفسه فغضب مروان وكتب بذلك الى معاوية فكتب اليه معاوية: دعه و اياها؛ و صح عن ابن سيرين فى امرأة لا ولى لها فولت رجلا امرها فزوجها قال ابن سيرين: لا بأس بذلك «المؤمنون بعضهم اولياء بعض»؛ و عن عبد الرزاق عن ابن جريج انه سأل عطاء عن امرأة نكحت بغير اذن ولاتها و هم حاضرون فقال: اما امرأة مالكة امر نفسها اذا كان بشهداء جائز بغير امر الولاة؛ و عن القاسم بن محمد فى امرأة زوجت ابنتها بغير اذن اوليائها قال: ان اجاز الولاة ذلك اذا علموا فهو جائز؛ و روى نحو هذا عن الحسن ايضا؛ و قال الأوزاعى: ان كان الزوج كفؤا ولها من امرها نصيب و دخل بها لم يكن للولى ان يفرق بينهما - انتهى. قلت: و هذا كله يدل على ان المرأة اهل للانكاح و التزويج و هى مالكة امر نفسها لا دخل فيه للولى الا انه وكيل و سفير، وحضور المرأة فى المجامع و مجالس النكاح الجامعة لأشتات الرجال يفضى الى الوقاحة و العار على القوم لذا تفوض امرها الى الرجال و الأولياء - و سيأتى مزيد له.

كان

كان كفؤا أمر الولى أن يجيز، و إن[1] أبى أن يجيز فهو مضار[2]، و أجار ذلك الامام أو القاضى[3] - و الله أعلم .

باب نكاح الجد أو الأخ أيهما أولى بنكاح اليتيمة الصغيرة

محمد قال قال أبو حنيفة رضى الله عنه : الجد أولى بنكاح اليتيمة من الأخ . و قال أبو حنيفة . ليس إلى الأوصياء من النكاح شىء و إن أوصى بذلك إليهم الميت . قال : إنما النكاح إلى الأولياء، و أولى الناس بنكاح الصغيرة الأب ثم الجد أبو الأب ثم الأخ . و قال أهل المدينة : الأخ أولى بالنكاح من الجد ، و الوصى أولى بنكاح اليتيمة من أخيها إذا أوصى أبوها إليه .

و قال محمد : ليس فى النكاح وصية ، إنما النكاح إلى الأولياء و ليس

(١) كذا فى الأصول ، و الأولى « فان » بالفاء - تأمل .

(٢) كذا فى الأصول ، و له معنى ، و لعل الأولى « ضار » بدون الميم .

(٣) قال فى الجوهر النقى : و فى التمهيد ملخصا : قال ابو حنيفة و اصحابه و الثورى و الأوزاعى و الحسن بن حي و ابو ثور و ابو عبيد : لا يجوز للاب ان يزوج بنته البالغة بكرا او ثيبا الا باذنها ، و الأيم التى لا بعل لها بكرا او ثيبا ؛ لحديث « الأيم احق بنفسها » وحديث « لا تنكح البكر حتى تستأذن » على عمومهما وخص منهما الصغيرة لقصة عائشة - اه . و سيأتى البحث فيه بعد باب - ان شاء الله تعالى . و قوله صلى الله عليه و سلم « و لا تنكح البكر حتى تستأذن » دليل على ان البكر البالغ لا يجبرها ابوها و لا غيره ؛ قال شارح العمدة : و هو مذهب ابى حنيفة ، و تمسكه بالحديث قوى لأنه اقرب الى العموم فى لفظ « البكر » ، و ربما يزاد على ذلك بأن يقال : الاستئذان انما يكون فى حق من له اذن و لا اذن فى الصغيرة فلا تكون داخلة تحت الارادة ، و يختص الحديث بالبوالغ فيكون اقرب الى التناول - نقله فى الجوهر النقى .

إلى الأوصياء ؛ أرأيتم الوصى تجعلونه[1] يقوم مقام الوالد فى ذلك ؟ قالوا : نعم ، إذا أوصى إليه فقد صار بمنزلته . قيل لهم : فان مات الوصى فأوصى إلى رجل آخر بما أوصى إليه الوالد من النكاح أيكون وصى الوصى فى ذلك بمنزلة الأول و يكون أحق بنكاح اليتيمة من أخيها وجدها ؟ فان قلتم : لا . نقول [به][2] : [3]هذا ليس إلا فى وصى الأب[3] خاصة ، فقد تركتم قولكم ! ينبغى لمن زعم أن وصى الأب أحق من الجد و الأخ لأنه قد حل محل الوالد أن يزعم أن وصى الوصى بمنزلة الوصى !! أرأيتم إن مات الأب قبل و لم يوص إلى أحد أليس الأخ أحق بنكاح اليتيمة من جدها ابى ابيها ؟ قالوا : بلى . قيل لهم : فان مات الأخ و أوصى بانكاحها إلى رجل ايهما أحق بتزويجها جدها او وصى أخيها ؟ قالوا : جدها أحق من وصى أخيها . قيل لهم : فهذا أيضا ترك لقولكم[4] ! كما أن الأخ أحق من الجد فى قولكم فينبغى أن يكون وصيه أحق من الجد و ما بينهما فرق ؛ و زعمتم أيضا أن الأخ أحق بنكاح اليتيمة من الجد أبى الأب فكيف قلتم هذا ؟ و ليس يرث الأخ فى موضع إلا ورث معه الجد ! و لا يُفضل الأخ على الجد فى شىء من الميراث ، و قد يرث الجد و يسقط الأخ ؛ لقد أبى كثير من الفقهاء أن يرث[5] الأخ مع الجد شيئا ، و ما قال أحد من الفقهاء إن الأخ يرث دون الجد ؛ و ما كان الأخ فى موضع عصبة إلا كان الجد أولى بذلك - و الله أعلم .

(١) فى الأصول « يجعلونه » بالغيبة و هو خطأ .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول ، او مثله نحو « بهذا » او « بذلك » كما لا يخفى .

(٣ - ٣) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « هذا لا الا فى وصى الأب » .

(٤) فى الأصول « لقولهم » و الصواب « لقولكم » .

(٥) فى الأصول « يورث » ، وهو خطأ . ليس للوصى ان يزوج اليتيم و اليتيمة و ان =

= اوصى اليه الأب بذلك ما لم يكن قريبا لها او حاكما يملك التزويج ، و لم يكن ثمه من هو اولى منه الولى فى النكاح العصبة بنفسه على ترتيب الارث و الحجب فيقدم الابن ثم ابن الابن و ان سفل ثم الأب ثم الجد الصحيح و ان علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم ولاء العتاقة ، فولى المجنونة فى النكاح ابنها و ان سفل دون ابيها عند الاجتماع ؛ و اذا لم يكن عصبته تنتقل الولاية للام ثم لأم الأب ثم للبنت ثم لبنت الابن ثم لبنت البنت ثم لبنت ابن الابن ثم لبنت بنت البنت وهكذا ثم للجد الفاسد ثم للاخت الشقيقة ثم للاخت لأب ثم لولد الأم ثم لأولادهم ثم لباقى ذوى الأرحام العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام ثم اولادهم بهذا الترتيب ؛ و السلطان ولى فى النكاح لمن لا ولى له ثم القاضى الذى كتب له بذلك فى منشوره . و فى حاشية البحر للخير الرملى : ان الجدة لأب اولى من الجدة لأم قولا واحـــدا فتحصل بعد الأم ام الأب ثم ام الأم ثم الجد الفاسد - اه كما فى تنقيح الفتاوى الحامدية . و راجع ج ١ ص ٢٠ منها فى مطلب للابعد التزويج بعضـــل الأقرب ، و فيه رسالة للشيخ حسن الشرنبلالى ، وخلاصتها فى الحامدية ، و ما المراد بالأبعد القاضى او غيره ؟ و ما التوفيق بين عباراتهم المختلفة فى ذلك ؟ و على اى شىء المعول فيه ؟ كلهـا فيها . و فى مسألة الوصى ابن حزم تابع لنا - راجع ج ٩ ص ٤٦٣ من رقم ١٨٢٥ : و لا اذن للوصى فى النكاح اصلا لا لرجـــل و لا امرأة صغيرين كانا او كبيرين ، ثم قال : و ممن قال « لامدخل للوصى فى الانكاح » ابو حنيفة و الشافعى و ابو سليمان و اصحابهم . و لم يتيسر له اقامة البراهين فى ذلك على خلاف الأئمة ، بل و لم يتحصل له برهان لما قاله من عدم جواز الولاية للوصى ، و هو من العجائبـات الدهرية ! و راجع ج ٧ ص ١١٣ من سنن البيهقى باب لا ولاية لوصى فى نكاح ، ذكر فيه ان عثمان بن مظعون اوصى الى اخيه قدامة ان يزوج ابنته فزوجهـا قدامة - الحديث من حديث عبد الله بن عمر =

باب أولياء النكاح على الكبيرة البالغة ما يجوز وما لا يجوز

قال محمد: قال أبو حنيفة رضى الله عنه: ليس لأحد من الأولياء أن يكره وليته على النكاح إذا بلغت، بكرا كانت أو ثيبا، والدا[1] و لا غيره. و قال أهل المدينة: ليس لأحد من الأولياء أن يكره وليته على النكاح إلا الأب فى ابنته البالغة، فان أمره عليها جائز يثبت نكاحه و يجب الميراث بينهما.

و قال محمد بن الحسن: وكيف يجوز نكاح الوالد على ابنته البكر البالغة و قد بلغت؟ و لو باع و اشترى لم يجز إلا برضاها! قالوا: لأن البكر قد تتكلم فى الشراء و البيع و لا يكون رضاها إلا بالكلام. قيل لهم: و البكر قد جاء أن إذنها صماتها.

قال محمد: أخبرنا بذلك فقيهكم مالك بن أنس عن عبد الله بن الفضل[2]

= رضى الله عنهما. و راجع الكتب فى تحقيق حديث النكاح الى العصبات، كما فى الهداية. و فى نصب الراية ج ٣ ص ١٩٥ ههنا بياض. وحديث «السلطان ولى من لا ولى له» اخرجه ابو داود و الترمذى و ابن ماجه و احمد فى مسنده و ابن حبان و الحاكم فى مستدركه من حديث عائشة، و فى الباب عن ابن عباس و جابر و عبد الله ابن عمرو بن العاصى و على بن ابى طالب - رضى الله عنهم.

(١) حال من ضمير «يكره» لأنه اقرب.

(٢) ابن العباس بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب الهاشمى المدنى، ثقة، من رجال الجميع، تابعى صغير من طبقة الزهرى - قاله الزرقانى فى ج ٣ ص ٤ من شرح الموطأ؛ روى عن انس بن مالك و نافع بن جبير بن مطعم و ابى سلمة بن عبد الرحمن وسليمان ابن يسار و عبيد الله بن ابى رافع و غيرهم، و عنه مالك و موسى بن عقبة و عبيد الله بن عمر و عبد الرحمن بن ثابت بن ثوبان و عبد العزيز بن عبد الله بن ابى سلمة و ابن اسحاق و زياد بن سعد و ابو اويس و غيرهم، وحدث عنه صالح بن كيسان و الزهرى =

عن

عن نافع بن جبير بن مطعم[1] عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي[2] صلى الله عليه و آله و سلم قال: الأيم أحق بنفسها من وليها[3]، و البكر

= و هما من اقرانه؛ قال حرب عن احمد: لا بأس به، و قال ابن معين و النسائي و ابو حاتم: ثقة؛ قلت: و قال ابن المديني: عبد الله بن الفضل ثقة، و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال: يروى عن ابن عمر و انس ان كان سمع منهما - كذا قال؛ و قد صرح بالسماع عن انس عند البخارى فى سورة المنافقين، و قال العجلى: ثقة، و كذا قال ابن البرقى، و قال ابن عبد البر: لم يسمع من عبيد الله بن ابى رافع - قاله الحافظ فى ج ٥ ص ٣٥٧ من التهذيب.

(١) و فى الأصول «عن نافع بن جبير عن مطرف» و قوله «عن مطرف» تحريف، و نافع ابن جبير قد مضى فى باب السلم و غيره، ثقة فاضل، من رجال الستة، مات سنة تسع و تسعين. و الحديث رواه مالك فى الموطأ و من طريقه اخرجه الامام محمد ايضا فى موطئه ص ٢٤٨؛ و قد مضى قبله و ليس فى سنده «عن مطرف»؛ و اخرجه احمد و الشافعى و اصحاب السنن و مسلم كلهم من طريق مالك، و رواه الطحاوى و الدارقطنى و البيهقى و ابن حبان فى صحيحه و ابو حاتم البستى؛ راجع عقود الجواهر و نصب الراية و الدراية و سنن البيهقى و الجوهر النقى و غيرها من الكتب.

(٢) فى الموطئين «ان رسول الله صلى الله عليه و سلم».

(٣) قال ابو بكر الجصاص فى ج ١ ص ٤٠١ من احكام القرآن: فقوله «ليس للولى مع الثيب امر» يسقط اعتبار الولى فى العقد. و قوله «الأيم احق بنفسها من وليها» يمنع ان يكون له حق فى منعها العقد على نفسها، كقوله صلى الله عليه و سلم «الجار احق بصقبه» و قوله لأم الصغير «انت احق به ما لم تنكحى» فنفى بذلك كله ان يكون له معها حق. و يدل عليه حديث الزهرى عن سهل بن سعد فى المرأة التى وهبت نفسها للنبى صلى الله عليه و سلم فقال عليه السلام: ما لى فى النساء من ارب، فقام رجل =

تستأذن[1] فى نفسها و إذنها صماتها . قال محمد : فلو كانت البكر لا تستأذن ما قيل و إذنها صماتها .

= فسأله ان يزوجها فزوجها و لم يسألها هل لها ولى ام لا ، و لم يشترط الولى فى جواز عقدها ، و خطب النبي صلى الله عليه و سلم ام سلمة فقالت : ما احد من اوليائى شاهد ، فقال لها النبي صلى الله عليه و سلم : ما احد من اوليائك شاهد و لا غائب يكرهنى ؛ فقالت لابنها و هو غلام صغير : قم فزوج امك - الخ ص ٤٠٢ ؛ و ذهب ابن جرير ايضا الى ان البكر البالغة لا تجبر و اجاب عن حديث « الأيم احق بنفسها من وليها » بأن الأيم من لا زوج له رجلا او امرأة بكرا او ثيبا لقوله تعالى « و أنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم » و كرر ذكر « البكر » بقوله : و البكر تستأذن و اذنها صماتها ؛ للفرق بين الاذنين اذن الثيب و اذن البكر ، و من اول الأيم بالثيب فقد اخطأ فى تأويله و خالف سلف الأمة و خلفها فى اجازتهم لوالد الصغيرة تزويجها بكرا كانت او ثيبا من غير خلاف - اه ج ٧ ص ١١٥ من الجوهر النقى . وقد مر نبذ مما يتعلق بالحديث . و قد رواه الامام ابو حنيفة ايضا كما فى جامع المسانيد وعقود الجواهر المنفية ، و لم يثبت انه رواه عن مالك اقر به ابن حجر و السيوطى فى تنوير الحوالك ، راجع لذلك « اقوم المسالك فى بحث رواية ابى حنيفة عن مالك » لفضيلة العلامة الكوثرى رحمه الله تعالى ص ٦٧ من « احقاق الحق » مطبوع معه .

(١) فى موطأ محمد « تستأمر » ، قال ابن المنذر : ثبت ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : و لا تنكح البكر حتى تستأذن ؛ و هو قول عام : و كل من عقد على خلاف ما شرع رسول الله صلى الله عليه و سلم فهو باطل لأنه الحجة على الحق ، و ليس لأحد ان يستثنى من السنة الا سنة مثلها ، فلما ثبت ان ابا بكر الصديق زوج عائشة من النبي صلى الله عليه و سلم و هى صغيرة لا امر لها فى نفسها كان ذلك مستثنى منه - اه كلامه . و قوله عليه السلام فى حديث ابن عباس « و البكر يستأذنها ابوها » صريح =

= فى ان الأب لا يجبر البكر البالغ ، و يدل عليه ايضا حديث جرير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس ، وسيذكرهما البيهقى بعد ؛ فترك الشافعى منطوق هذه الأدلة و استدل بمفهوم حديث « الثيب احق بنفسها » و قال : هذا يدل على ان البكر بخلافها ؛ و قال ابن رشيد : العموم اولى من المفهوم بلا خلاف لا سيما و فى حديث مسلم « البكر يستأمرها ابوها » و هو فصل فى موضع الخلاف ؛ و قال ابن حزم : ما نعلم لمن اجاز على البكر البالغة انكاح ابيها لها بغير امرها متعلقا اصلا - الجوهر النقى ؛ راجع لذلك ج ٩ ص ٤٦١ و ٤٦٢ من المحلى . و زيادة « و البكر يزوجها ابوها » فى حديث ابن عباس - كما ذكرها البيهقى فى سننه ج ٧ ص ١١٥ من قول الشافعى ، لم اجدها فى شيء من الكتب المتداولة ، و لم يذكر الشافعى سنده لينظر فيه ، و حمل المؤامرة (كما صدر عن البيهقى) على استطابة النفس خروج عن الظاهر من غير دليل ، و قوله « يستأمرها ابوها » خبر فى معنى الأمر ، وحديث « لا تنكح البكر حتى تستأمر » يدل على ذلك ؛ و كذا رده عليه السلام انكاح الأب فى حديث جرير بن حازم و غيره ؛ ولو ساغ هذا التأويل لساغ فى قوله عليه السلام فى الصحيح « لا تنكح الثيب حتى تستأمر » وحديث « آمروا النساء فى بناتهن » رواه الثقة عن ابن عمر و ليس ذلك بحجة عند اهل الحديث حتى يسمى الثقة ، و لو صح الحديث فقد عدل فيه عن الظاهر للاجماع فلا يعدل عن الظاهر فى غيره من الأحاديث ؛ و فى الصحيحين من حديث ذكوان عن عائشة قال عليه السلام « استأمروا النساء فى ابضاعهن » و هذا يعم البكر و الثيب ؛ و اخرج ابن ماجه عن عدى بن عدى الكندى عن ابيه عنه عليه السلام قال : شاوروا النساء فى انفسهن - الحديث ؛ و اخرجه البيهقى فيما بعد فى باب اذن البكر و الثيب ، و اخرجه هناك من وجه آخر عن عدى بن عدى عن عميرة عنه عليه السلام ، و تأويل البكر باليتيمة لاضرورة إليه بل يعمل باللفظين جميعا و هى اولى من ترك احدهما ، و هو قوله « و البكر » و القول بأن البكر يستأمر ابوها زيادة غير محفوظة غلط ، =

محمد قال: اخبرنا رجل يكنى أبا معاوية [١] قال أخبرنا يحي بن أبي كثير

= كيف لا وقد عزاها البيهقي الى مسلم تخريجها! و لو كانت غير محفوظة لم يخرجها، و قد صح عن الشعبي خلاف ما قال البيهقي؛ قال ابن ابي شيبة: ثنا عبدة بن سليمان عن عاصم عن الشعبي قال: يستأمر الرجل ابنته في النكاح البكر و الثيب - الجوهر النقي. و في ص ١٧٩ من معتصر المختصر عن عائشة قالت: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها اهلها أتستأمر ام لا؟ قال: نعم تستأمر - الحديث. و عليك المراجعة الى شرح معاني الآثار للطحاوي و فتح القدير للمحقق ابن الهمام و نصب الراية.

(١) ليس هو ابا معاوية الضرير المكفوف محمد بن خازم الكوفي الذي مضى في باب الحلال يقتل الصيد في الحرم بل هو آخر، ولذا عبره الامام محمد بهذا التعبير، وهو عندي ابو معاوية شيبان بن عبد الرحمن التميمي مولاهم، النحوي البصري المؤدب الكوفي، من رجال الستة، وهو يروي عن يحي بن ابي كثير - كما في ج ٤ ص ٣٧٣ من التهذيب؛ لا بأس به، ثقة ثبت صدوق، حسن الحديث، صالح، يكتب حديثه، صاحب كتاب، حافظ؛ و اطال الحافظ في ترجمته، روى عن عبد الملك بن عمير و قتادة و فراس بن يحي و يحي بن ابي كثير و سماك بن حرب و الأعمش و الحسن البصري و منصور و هلال الوزان و اشعث و غيرهم. وعنه زائدة بن قدامة و ابو حنيفة الفقيه و هما من اقرانه و ابو داود الطيالسي و ابو احمد الزبيري ومعاوية بن هشام وشبابة و ابن مهدي و يونس ابن محمد و ابو النضر و يحي بن ابي بكير و آخرون تركتهم - راجع التهذيب؛ وعن ابي معاوية المذكور عن يحي بن ابي كثير في سنن البيهقي في غير ذلك الباب من كتاب النكاح. و في التهذيب: ابو معاوية عمرو بن عبد الله بن وهب النخعي الكوفي، و يقال له: ابو سليمان، من رجال البخاري و النسائي و ابن ماجه، و ليس في شيوخه يحي بن ابي كثير: و آخر ابو معاوية العباداني - راجع ج ٤ ص ٢٨ من التهذيب؛ من رجال الترمذي، وفيه كلام ومقاولة فيما بينهم، وفيه: ابو معاوية البجلي، و ليس في شيوخهما =

اليمامى[١] عن المهاجر بن عكرمة[٢] أن رجلا زوج ابنته بكرا بغير رضاها

= يحيي بن ابى كثير . و فى ج ٢ ص ١١٧ من كتاب الكنى للدولابى تسعة عشر رجلا كنيتهم « ابو معاوية » و يمكن ان يكون العبادانى او البجلى فى الكتاب . و عليك بالمراجعة الى الكتب و تعينه . روى البيهقى فى اذن البكر الصمت ج ٧ ص ١٢٢ عن الفضل بن دكين ثنا ابو معاوية شيبان بن عبد الرحمن عن يحيي بن ابى كثير - الحديث . قال الحافظ فى ج ٩ ص ١٦٨ من الفتح فى بحث حديث ابن عباس : و قد اخرجه الطبرانى و الدارقطنى من وجه آخر عن يحيي بن ابى كثير عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ : ان رسول الله صلى الله عليه و سلم رد نكاح بكر و ثيب انكحهما ابوهما وهما كارهتان ؛ قال الدارقطنى : تفرد به الذمارى و فيه ضعف ، و الصواب : عن يحيي بن ابى كثير عن المهاجر بن عكرمة مرسل اه . و قد سبق من قبل نقلى من الفتح و كذا الجواب عن قول البيهقى : ان ثبت الحديث فى البكر حمل على انها زوجت بغير كفوء . و اعتمد عليه الحافظ ! لا يسوغ هذا التأ. يل فانه كان زوجها من ابن اخيه او من ابن عمها فكيف يكون فى غير كفوء - فتنبه .

(١) فى الأصول « اليمانى » بالنون تصحيف ، مضى فى باب الرقيق و الحيوان .

(٢) ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام القرشى المخزومى ، من رجال ابى داود و الترمذى و النسائى - كما فى ج ١٠ ص ٣٢٢ من التهذيب ؛ روى عن جابر و ابن عمه عبد الله بن ابى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام و الزهرى و هو من اقرانه ، و عنه ابو قزعة سويد بن حجير الباهلى و يحيي بن ابى كثير و جابر بن يزيد الجعفى ؛ ذكره ابن حبان فى الثقات : قلت : قال ابو حاتم فى العلل : لا اعلم احدا روى عن المهاجر بن عكرمة غير يحيي بن ابى كثير ، و المهاجر ليس بالمشهور ؛ و قال الخطابى : ضعف الثورى و ابن المبارك و احمد و اسحاق حديث مهاجر فى رفع اليدين عند رؤية البيت لأن مهاجرا عندهم مجهول - انتهى . قلت : و الجهالة مرتفعة برواية الثلاثة عنه .

فرد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نكاحه[١] . قال محمد: مع أحاديث في ذلك عن غير واحد كثيرة معروفة[٢] .

---

(١) مرسل، قال الدارقطني ثم البيهقي : هو الصواب - كما في السنن له . و الحديث موصول من غير هذه الطريق اخرجه ابو داود و النسائي و ابن ماجه و احمد في مسنده - كما في نصب الراية ج ٣ ص ١٩٠ وآثار الطحاوي ج ٢ ص٤١١ من باب تزويج الأب ابنته البكر عن حسين : ثنا جرير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت ان اباها زوجها و هي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه و سلم - اه . و حسين بن محمد المروزي احد الثقات المخرج لهم في الصحيحين، و الوصل زيادة من الثقة فهي مقبولة، و قد تابعه عن جرير بن حازم سليمان بن حرب . قال في التنقيح : قال الخطيب البغدادي : قد رواه سليمان بن حرب عن جرير بن حازم ايضا كما رواه حسين، فبرئت عهدته و زالت تبعته ؛ ثم رواه باسناده، قال : و رواه ايوب بن سويد هكذا عن الثوري عن ايوب موصولا، وكذلك رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن ايوب - انتهى . قال ابن القطان : حديث ابن عباس هذا حديث صحيح - اه . فمن قال : لم يروه عن جرير غير حسين، فقد وهم و اخطأ او نسي . و الثقة قد يروي موصولا اذا كان نشيطا، و قد يرسل اعتمادا على رجال السند و لا مضائقة فيه . و الحديث روى من حديث ابن عباس و من حديث ابن عمر و من حديث جابر ومن حديث عائشة عند ابي داود - كما في ج ٣ ص ١٩١ من نصب الراية . و الجواب عن قول البيهقي قد سبق من الجوهر النقي، و راجع ج ٢ ص ٤١٠ الى ص ٤١٤ من شرح آثار الطحاوي .

(٢) في الباب عن ام سلمة : ان جارية زوجها ابوها و ارادت ان تزوج رجلا آخر فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فنزعها من الذي زوجها ابوها، و زوجها النبي صلى الله عليه و سلم من الذي ارادت - اه . قال الهيثمي في مجمع الزوائد : =

محمد قال : أخبرنا محمد بن أبان بن صالح عن الحسن بن الحر[1] عن الحكم بن عتيبة عن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : لا تنكح المرأة إلا بولى ، و لا ينكحها الولى إلا باذنها ، أب و لا أخ و لا غيره .

محمد قال أخبرنا قيس بن الربيع الأسدى[2] عن عبد الكريم الجزرى عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم : تُستأمر[3] الأبكار فى أنفسهن ذات الأب[4] و غير الأب .

قال محمد : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال : لا تُنكح البكر

= رواه الطبرانى و رجاله رجال الصحيح - اه . و التفصيل قد مضى فتذكره ، و كذا الآثار مضت .

(١) و فى الهندية « ابحر » تصحيف و قد سبق « الحسن بن الحسن » و هو ايضا خطأ ، وقد سبق فى باب التشهد : و الحكم بن عتيبة عن على رضى الله عنه مرسل ، وهو الكندى مولاهم ، ابو محمد او ابو عبد الله او ابو عمر الكوفى ، و ليس هو الحكم بن عتيبة بن النهاس ، كما فى التهذيب .

(٢) فى الموطأ : اخبرنا مالك اخبرنا قيس بن الربيع الأسدى به مثله ، و الامام محمد رواه بواسطة مالك عنه و عنه بدون واسطة ، و هو شيخ الامام محمد ايضا ، و لا بُعد فيه ، و فى كتاب الحجة لا تجد الرواية الا عن قيس بدون واسطة مالك ، و قد مات قيس سنة ١٦٥ او ١٦٦ او ١٦٧ او ١٦٨ ، و قد مر قيس من قبل مرارا - فتنبه .

(٣) فى موطأ محمد « تستأذن » .

(٤) فى موطأ محمد « ذوات الأب » و قال : فبهذا نأخذ . و راجع ج ٩ ص ٤٦١ من المحلى لابن حزم اخرج فيها حديث جابر و ابن عباس و ابن عمر و ابى هريرة ثم قال : الآثار ههنا كثيرة ، و فيما ذكرنا كفاية ؛ ثم قال : و هو قول الثورى و الأوزاعى و الحسن بن حي و ابى حنيفة و اصحابه و ابى سليمان و اصحابنا ، و بالله التوفيق - اه .

حتى تستأمر و رضاها سكوتها ، و قال: هي أعلم بنفسها لعل بها عيبا لا تستطيع بها الرجال معه .

محمد قال أخبرنا إسمعيل بن عياش الحمصي قال حدثني الأوزاعي[1] عن

(١) هو عبد الرحمن بن عمرو بن ابي عمرو ، اسمه محمد الشامي ، ابو عمرو الأوزاعي ، الفقيه ، نزل بيروت في آخر عمره مرابطا فمات بها ، من رجال الستة . روى عن خلق ، و روى عنه خلق - كما في ج ٦ ص ٢٣٨ من التهذيب . قيل : هو من حمير ، و ان الأوزاع قرية من دمشق ، و قيل : انما قيل له « الأوزاعي » لأنه من وزاع القبائل ، و قيل : هو اسم وقع على موضع مشهور بدمشق يعرف بالأوزاع سكنه في صدر الاسلام بقايا من قبائل شتى و كان اصله من سبأ السند ، و كان ينزل الأوزاع فغلب ذلك عليه ؛ و اليه فتوى الفقه لأهل الشام لفضله فيهم و كثرة روايته ، و بلغ سبعين سنة ؛ امام في الحديث ، ما كان اعلم بالسنة منه بالشام ، ثقة مأمون صدوق فاضل خير ، كثير الحديث و العلم و الفقه ، حافظ ، كان مرابطا ببيروت فدخل الحمام فزلق فسقط فغشي عليه و لم يعلم به حتى مات سنة ١٥٨ ؛ كانت الفتيا تدور بالأندلس على رأى الأوزاعي الى زمن الحكم بن هشام المتوفى سنة ٢٥٦ ؛ و قيل: مات سنة ١٥١ و قيل: ١٥٥؛ و قيل: ١٥٦ ؛ و قيل: ولد سنة ٨٨ ، فهو اصغر من الامام ابي حنيفة . و الحافظ بسط في ترجمة الأوزاعي في اربع صفحات فراجعها . و في ج ١ ص ٣٥٢ من جامع المسانيد و ج ١ ص ٤٣ من عقود الجواهر عن سفيان بن عيينة قال : اجتمع ابو حنيفة و الأوزاعي في دار الحناطين بمكة (او بميافارقين كما في فتح القدير) فقال الأوزاعي لأبي حنيفة : ما لكم لا ترفعون ايديكم في الصلاة عند الركوع و عند الرفع منه ؟ فقال ابو حنيفة : لأنه لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه و سلم في ذلك شيء ؛ فقال : كيف لم يصح و قد حدثني الزهري عن سالم عن ابيه عن رسول الله صلى الله عليه و سلم انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة و عند الركوع و عند الرفع منه ! =

عطاء بن أبي رباح [عن جابر] [٢] أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم

= فقال له ابو حنيفة : وحدثنا حماد عن ابراهيم عن علقمة و الأسود عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه و سلم كان لايرفع يديه الا عند افتتاح الصلاة ثم لايعود لشيء من ذلك ؛ فقال الأوزاعي : احدثك عن الزهرى عن سالم عن ابيه عن النبي صلى الله عليه و سلم و تقول : حدثني حماد عن ابراهيم ! فقال له ابوحنيفة : كان حماد افقه من الزهرى ، و كان ابراهيم افقه من سالم ، وعلقمة ليس بدون ابن عمر فى الفقه ، و ان كانت لابن عمر صحبة و له فضل الصحبة ، و الأسود له فضل كثير . و عبد الله عبد الله ، عبد الله بن مسعود له فضل كثير فى الفقه و القراءة و حق الصحبة من صغره عند النبي صلى الله عليه و سلم على عبد الله بن عمر ؛ فسكت الأوزاعي - اخرجه ابو محمد الحارثى باسناده الى ابن عيينة ، و القصة مشهورة .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول و الحديث اخرجه النسائى عن جابر - كما فى ج ٢ ص ٢٩٧ من التلخيص و فى ج ٩ ص ١٦٨ من الفتح . نعم اخرج النسائى من طريق الأوزاعى عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنته و هى بكر من غير امرها فأتت النبي صلى الله عليه و سلم ففرق بينهما : و هذا سند ظاهر الصحة و لكن له علة اخرجه النسائى من وجه آخر عن الأوزاعى فأدخل بينه و بين عطاء ابراهيم بن مرة و فيه مقال ، و ارسله فلم يذكر فى اسناده جابرا - اه . و اذا اختلف فى وصل الحديث و ارساله حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء المحدثين . و لذا قال الحافظ فى الفتح : واما الطعن فى الحديث فلا معنى له فان طرقه تقوى بعضها ببعض - كما سبق ؛ قيل و قال فى التلخيص : فى صورة الاختلاف الحكم للواصل . و الحديث اخرجه الدارقطنى من طرق - كما فى ص ٢٢٢ من الدراية ، و البيهقى - كما فى سننه ، و الطحاوى - كما فى ج ٢ ص ٤١١ من شرح معانى الآثار و تكلم فى اسناده فى الوصل و الارسال و ادخال ابراهيم بن مرة فيما بينهما ؛ و الكلام فى ابراهيم بن مرة بأنه ضعيف الحديث ليس =

فرق بين امرأة بكر و بين زوجها زوّجها أبوها وهى كارهة[١] .

= عند اهل الآثار من اهل العلم اصلا - اه . قلت : فى ج ١ ص ١٦٤ من التهذيب: قال النسائى : ليس به بأس ، و ذكره ابن حبان فى الثقات ، و اخرج النسائى حديثه فى السنن الكبرى ، و لم يرقم المزى علامته ، و قد ضعفه الهيثم بن خارجة ، و اقره الوليد ابن مسلم على ذلك - اه . فهو مختلف فيه فلا ينزل حديثه عن درجة الحسن . ثم النظر يوجب ارتفاع ولاية الأب عن البكر ببلوغها فى بضعها كما يرتفع امره فى مالها ببلوغها ، دل عليه قوله تعالى « فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه » فكما لا اعتراض للاب عليها مما تطيب به نفسا لزوجها من صداقها فكذلك لا اعتراض له عليها فى بضعها بتزويجها من غير اذنه ، و قوله تعالى « و لكم نصف ما ترك ازواجكم » الآية ، ففى جواز وصاياهن بعد الموت كالرجال ما قد دل على جوازه منهن قبله و فى جواز ذلك منهن و ارتفاع الأيدى عنهن ما قد دل على ارتفاعها عنهن فى ابضاعهن - قاله فى ص ١٧٩ من معتصر المختصر .

(١) هى العلة فى رد النكاح ، و ليست هذه خنساء فانها ثيب ، و المذكورة فى الحديث بكر ، فما فى هامش الأصل ليس كما ينبغى ، و هما حديثان فى حادثتين احداهما فى بكر و الآخرى فى ثيب فلا يتنافيان - كما سبق من قبل ؛ و عقد الولى بأمرها و اذنها مضاف إليها لأنه الوكيل منها - هذا ، و الله اعلم بالصواب .

تنبيه مفيد

اعلم انك قد علمت مما تلوت عليك من تفصيل الأحاديث الواردة فى البابين المذكورين انها انواع ، نوع منها يختص بحق الولى كحديث عائشة « ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل » و نحوه عن غيرها ؛ و نوع منها يختص بخالص حق البالغة كحديث ابن عباس و ابى هريرة « الأيم احق بنفسها من وليها » و نحوه عن غيرهما ؛ و نوع منها الأمر فيه للاولياء الاستئذان و الاستئمار منهن و لا جواز عليهن الا بها ؛ و نوع =

= منها رد النكاح الذى عقده الأولياء وهن كارهات له ثم نكحن بمن هوينه لحديث خنساء الثيب المشهور وحديث الفتاة البكر الذى رواه ابن عباس و ابن عمر وجابر و عائشة رضى الله عنهم . و الحنفية راعوا كلها و اعطوا كل ذى حق حقه و حملوها على محامل صحيحة لا تتضاد و لا تتعارض كما عرفت ؛ و من حمل حديث البطلان على سلب اهليتهن للانكاح فقد تعدى و تجاوز عن الحد وخرج عن الأصول . و الولاية نظرية على البالغة لا جبرية فهى مستحبة . حتى اذا وضعت نفسها فى كفؤ بمهر تام مع شهود وشرائط النكاح لا يكون للولى حق الفسخ بل حق الاعتراض ايضا . و لو زوجها الولى و هى كارهة له فالنكاح مفسوخ يرده القاضى اذا شاءت رده ، و ان عقدت نفسها و الولى حاضر فى مجلس النكاح فالنكاح جائز اذنت باللسان ام لا ؟ فالشارع الحكيم ارشد الأولياء بطلب رضائهن ، و لا جواز بدونه ، و امر النساء بطلب الشركة و الاذن لئلا يفتتن على الرجال و لا يضيق الرجال على النساء . و ليسا حديثين متعارضين حتى يجتهد الناس فى صورة التوفيق بينهما . وحديث « لا نكاح الا بولى » لم يرد فيما يتعارض فيه الرضاءان بل ورد فى بيان منشأ الشارع بأنها مامورة بتحصيل رضى الولى و هو مأمور بتحصيل رضاها ، فاذا اتحدا و توافقا تحقق نشؤه ، و اذا اختلفا فرضاها مقدم على رضى الولى لقوله صلى الله عليه و سلم « الأيم احق بنفسها من وليها » كما سبق مفصلا . و المسألة فى الباب على هذه المثابة لما كانت فالاعتراض على الامام ابى حنيفة بمخالفة الحديث كما صدر من ابن ابى شيبة فى كتاب الرد له عجيب جدا لا يليق بشأنه حيث قال فى باب النكاح من غير ولى من المسألة احدى و العشرين : حدثنا معاذ بن معاذ قال اخبرنى ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : ايما امرأة لم ينكحها الولى او الولاة فنكاحها باطل. قالها ثلاثا ، فان اصابها فلها مهرها بما اصاب منها ، فان تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ؛ حدثنا ابو الأحوص عن ابى اسحاق عن ابى بردة قال قال النبى صلى الله =

= عليه و سلم : لا نكاح الا بولى ؛ حدثنا يزيد بن هارون عن اسرائيل عن ابى بردة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا نكاح الا بولى ؛ و ذكر ان ابا حنيفة كان يقول : جائز اذا كان كفؤا - اه . قلت اولا : ان قوله صلى الله عليه و سلم « لم ينكحها الولى و الولاة » بالواو ان كان صحيحا فهو دليل على ان النكاح لا يصح الا اذا اجتمع الولى و الوالى فى النكاح معا ، فان الواو للجمع فى الحكم فلو زوجها الولى منفردا او الوالى منفردا لا يجوز على ما هو منطوق الحديث و المفهوم المخالف له و هو حجة عند المخالف ، و اذا كان كذلك فالحديث لا يكون حجة على ابى حنيفة فى زعم ابن ابى شيبة بل عليه - تدبره . وثانيا ان اعطاء مهرها بما اصاب منها دليل على صحة اصل العقد و الا يكون زنا ، ومهر البغى سحت ، كما فى الحديث ، فعلى هذا لا يمكن ان يحكم بعدم وجود النكاح و بمعنى البطلان غير مرضى عند الشارع لأن صورته تفضى الى الوقاحة و العار على القوم فان حضور النساء فى المجامع و المجالس و مباشرة مثل هذه العقود وقاحة و هتك لستار الحياء الذى هو شعبة من الايمان ، و اظهار الزينة للرجال الغير المحرمين ممنوع ، وخروجها من البيت فتنة ، وصوت المرأة عورة ، فالبطلان فى الحديث ليس على المعنى المعروف ، و الاتعلم انت ان مباشرة العقود غير النكاح جائز لها عند الأمة بل بمعنى انه على شرف الزوال بوجوه . و ثالثا ان التشاجر المذكور فى الحديث ليس فى الأولياء ، و انما هو فى غيرهم من الأقارب ، و الا يصح عليه ترتب قوله صلى الله عليه و آله و سلم « فالسلطان ولى من لا ولى له » بالفاء تفريعية و للترتيب ، و لو كان المراد بضمير « تشاجروا » الأولياء فالمعنى ان القاطع للنزاع فيما بينهم بالأقرب فالأقرب ، و الشاهد و الغائب ، و تقديم التزوج على آخر اذا باشره اثنان ، مثلا السلطان و الحاكم فانه اقرب اليه منهم مجازا و حكما ، او المعنى : اذا تشاجر الأولياء فيما بينهم فالسلطان ولى من لا ولى له لأنهم سقطوا بالتعارض فكان وجودهم كالعدم ، وكذلك اذا تشاجر الأولياء و المرأة كما فى حديث خنساء ، =

وحديث

= وحديث البكر « السلطان ولى من لا ولى له » اى القاطع للنزاع فيما بينهم ، و من ليس له ولى اصلا فالسلطان ولى من لا ولى لها ؛ فلا يرد انه كيف يتصور نكاح النساء التى ليس لهن الأولياء اذا كان النكاح بغير ولى باطلا ، اى على شرف البطلان و قرب السقوط و غير مرضى عند الشارع . و رابعا ان الترمذى تكلم فى حديث عائشة ، راجع ج ١ ص ١٣٠ من جامع الترمذى ، ومع قطع النظر عما فيه فهى لم تعمل بهذا الحديث حيث زوجت بنت اخيها عبد الرحمن بن ابى بكر رضى الله عنهم من غير علمه و اذنه - كما عرفت مفصلا . و ترك الراوى العمل بحديثه علة قادحة فى الحديث عند جمهور المحدثين من السلف ، وقد اجاز ذلك النكاح على و ابن مسعود و مجمع غيرهما - كما سبق . و يشهد للجواز حديث ابن عباس ان النبى صلى الله عليه و سلم قال « البغايا اللاتى ينكحن انفسهن بغير بينة » فانه دليل على ان النكاح بغير ولى جائز ، كيف و قد بين وجه كونهن بغايا النكاح بغير بينة لا النكاح بغير ولى! و الا لزم الغاء قوله « بغير بينة » كما لا يخفى ؛ ولذا قلت : ان البطلان فى الحديث ليس على الظاهر . ومع ذلك يعارضه « الأيم احق بنفسها من وليها » وحديث رد النكاح الذى كان باشره الولى الأب و قد مر ، فلو كان العقدة بيد الولى لما جاز رد انكاح ابنته ؛ و الحافظ ابن ابى شيبة لعله لم ينظر الى هذه الروايات قاصدا الى حديث عائشة مع قطع النظر عن العلة فيه رادا على ابى حنيفة مائلا الى نوع واحد من الأحاديث ! و هذا ليس ديدن الانصاف. وحديث ابى بردة منقطع فى رواية شعبة و سفيان عن ابى اسحاق ، او مرسل من طريق ابى الأحوص عنه ، و كل منهم حجة على اسرائيل ، فكيف اذا اجتمعوا جميعا لا سيما ب مناهضة ما لا انقطاع فيه ! قال المحقق فى فتح القدير : هذا الحديث و نحوه معارض لقوله صلى الله عليه و سلم « الأيم احق بنفسها من وليها » رواه مسلم و ابو داود و الترمذى و النسائى و مالك فى الموطأ . فأما ان يجرى بين هذا و بين ما رواه حكم المعارضة و الترجيح او طريق الجمع فعلى الأول يترجح هذا بقوة السند وعدم =

باب نكاح الصغير و الصغيرة و ما يجوز عليهما اذا ادركا و ما لا يجوز[1]

محمد قال قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إذا زوج الصغيرة و الصغير

= الاختلاف فى صحته ، بخلاف الحديثين فانهما ضعيفان ، لحديث « لا نكاح الا بولى » مضطرب فى اسناده كما حققه الترمذى ، وحديث عائشة « ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها باطل » انكره الزهرى ، و على الثانى و هو اعمال طريق الجمع فبأن يحمل عمومه على الخصوص ، و يجب ارتكابه لدفع المعارضة بينهما . علا انه مخالف لمذهبهم فان مفهومه : اذا نكحت بأذن وليها كان صحيحا ، و هو خلاف مذهبهم - اه . او يحمل على الاستحباب و نفى الكمال - كما فى قوت المغتذى للسيوطى . فالامام اخذ بأقوى الدليلين ، و غيره هو المخالف للأحاديث ، و الكلام فى ذلك طويل الذيل ، راجع نصب الراية ومعتصر المختصر و آثار الطحاوى و الجوهر النقى و عقود الجواهر والبناية و فتح القدير .

(١) الولاية نوعان : و لاية ندب و استحباب ، و هو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت او ثيبا ؛ و ولاية اجبار ، و هو الولاية على الصغيرة او من فى معناها بكرا كانت او ثيبا ؛ و كلامنا فى الثانى ، و للكلام فى الأول موضع آخر . و الولى هو العصبة لقوله عليه السلام « لا نكاح الا بولى » و لقوله صلى الله عليه وسلم « النكاح الى العصبات » روى عن على موقوفا و مرفوعا ، و ذكره سبط ابن الجوزى بلفظ « الانكاح » كما فى فتح القدير . و تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضى الله عنه من عمر بن ابى سلمة وهى صغيرة و قال لها « الخيار اذا بلغت » و انما زوجها بالعصوبة لا بولاية تثبت بالنبوة ، و تفصيله فى فتح القدير . و مالك رحمه الله يخالفنا فى غير الأب كما فى الباب ، و الشافعى رحمه الله فى غير الأب و الجد . و فى مبسوط السرخسى رحمه الله قال : و بلغنا عن =

والدهما أو الجد أب الأب إذا كان الوالد[1] ميتا فالنكاح جائز ، و لا خيار لهما إذا بلغا ، و إن ماتا ورثا ؛ فان زوج الصغير و الصغيرة وليهما و هو غير الوالد و الجد و الأولى بهما[2] أقرب منه فالنكاح جائز ، و إن ماتا[3] توارثا ،

= ابراهيم النخعي انه كان يقول : اذا انكح الوالد الصغير و الصغيرة فذلك جائز عليهما ، وكذلك سائر الأولياء ؛ و به اخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى فقالوا : يجوز لغير الأب و الجد من الأولياء تزويج الصغير و الصغيرة ، و على قول مالك ليس لأحد سوى الأب تزويج الصغير و الصغيرة ، و على قول الشافعي ليس لغير الأب و الجد تزويج الصغير و الصغيرة ؛ فمالك يقول : القياس ان لا يجوز تزويجهما الا انا تركناه ذلك في حق الأب للآثار المروية فيه فبقي ما سواه على اصل القياس ؛ و الشافعي رحمه الله تعالى استدل على قوله بأحاديث و بالقياس ذكرهما السرخسي رحمه الله ، وحجتنا في المسألة ستأتي في الباب - ان شاء الله تعالى .

(١) وكذا اذا كان الأب حيا و وكل اباه على تزويج ابنه او ابنته فلا خيار لهما بعد الادراك من حيث خيار البلوغ ، و الا فيثبت لهما الخيار .

(٢) كذا في الأصول ، و لعل معناه : و الأولى بهما - اى بتزويجهما اقرب من الغير المذكور . و صححه المولى ابو الوفاء بقوله « و لا ولى لهما » فما في الأصول تصحيف عنده - و العلم عند الله تعالى .

(٣) اى على حالة تزويج غير الأب و الجد اياهما ورث احدهما الآخر لكونهما زوجا و زوجة . قال المحقق في فتح : و الآثار في ذلك وجوازه شهيرة عن عمر و على و ابن مسعود و ابن عمر و ابي هريرة ، و المعنى ان الحاجة الى الكفوء ثابتة لأن مقاصد النكاح انما تتم معه ، و انما يظفر به في وقت دون وقت ، و الولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة ، مع ان اصل القرابة داعية الى الشفقة غير ان في هذه القرابة قصورا اظهرناه في اثبات الخيار لهما اذا بلغت ؛ و اذا قام دليل الجواز وجب =

و لهما الخيار إذا أدركا[1] إن شاءا أجازا النكاح ، و إن شاءا رداه .
و قال أهل المدينة : لا ينبغى أن يزوج الصغار إلا الآباء ، و ينبغى للسلطان أن يتقدم فى ذلك[2] ثم يفسخ ما كان من ذلك بعد التقدمة ، فمن أنكح من الصغار و لم ينكحه الآباء[3] فهو بالخيار إذا بلغ إن شاء أجاز ، و إن شاء رد ، فان

= كون المراد باليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان - اه . و راجع فتح القدير فيه شفاء لما فى الصدور .

(١) و هــذا عند ابى حنيفة و محمد رضى الله عنهما ، و هو قول ابن عمر و ابى هريرة رضى الله عنهم ، و به قال ابو يوسف رحمه الله تعالى اولا ثم رجع و قال : لا خيار لهما ، و هو قول عروة بن الزبير رضى الله عنهما ، قال : لأن هذا عقد عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ ، كعقد الأب و الجد ، و هذا لأن القرابة لم تشرع فى غير موضع النظر ، و اذا حكم بالنظر قام عقد الولى مقام عقد نفسه بعد البلوغ ؛ و وجه قولهما ان قرابة الأخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل فى المقاصد ، و قد اظهر الشرع اثر هذا النقصان حيث منع ولايته فى المال فيجب اظهاره فى النفس اذ علم انه ناظر الى اظهار اثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ؛ و لما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه و سلم بنت عمه حمزة و هى صغيرة و قال : لها الخيار - اه ، فتح القدير و مبسوط السرخسى و الهداية و غيرها من الكتب .

(٢) تأمل فى ان حديث « السلطان ولى من لا ولى له » هل يخالفه ام لا ؟ فان منطوق الحديث ان السلطان يكون وليا اذا لم يوجد احد من اولياء الصغار لحقه بعدهم البتة فكيف يستقيم تقدم السلطان عليهم ؟ هذا ؛ و راجع ج ٢ ص ١٤٤ من المدونة الكبرى .

(٣) سقط لفظ « الآباء » من الأصل و زادها المولى ابو الوفاء متعنا الله بطول حياته و لا بد منه (قلت : و هو موجود فى الأصول و سقط عن النسخة المنقولة بسهو الناسخ - ف) .
و فى ج ٢ ص ١٤٦ من المدونة الكبرى : قلت : أرأيت الصغار أ ينكحهم احد من =

كان

كان ذلك كان[1] فرقتهما تطليقة واحدة . قالوا : و ليس أحد فى ذلك بمنزلة الآباء لا أخ و لا جد و لا غيرهما ، لأن الأب يلزمه نفقة الولد الصغير حتى يكبر ، فان كانت امرأة فحتى تنكح و إن كانت كبيرة ، و يلزم ولده نفقة أبيهم إذا احتاج ، و لا يلزم نفقتهما[2] أحدا غيره ، و لا يلزمهم نفقه أحد غير الأبوين .

و قال محمد : ما أعجب قول أهل المدينة ! يزعمون أنه لا يجوز نكاح الصغار إلا أن ينكح الآباء و ينبغي للسلطان أن يفسخ ذلك ! وهم يقولون : إن كبر الغلام فلم يجز ذلك كان فرقتهما طلاقا ؛ وكيف يكون طلاقا إن ماتا لم يتوارثا ؟! فينبغى لمن قال هذا أن يزعم أن فرقتهما ليست[3]

= الأولياء ؟ قال قال مالك : اما الغلام فيزوجه الأب و الوصى ، و لا يجوز ان يزوجه احد من الأولياء غير الوصى او الأب و وصى الوصى ايضا ؛ قال مالك : انكاحه الغلام الصغير جائز ، و اما الجارية فلا يجوز ان يزوجها الا ابوها ، و لا يزوجها احد من الأولياء و لا الأوصياء حتى تبلغ المحيض فاذا بلغت المحيض فزوجها الوصى برضاها جاز ذلك ، وكذلك ان زوجها وصى الوصى برضاها فذلك جائز ، و هذا قول مالك ؛ و قال مالك : لا يجوز للقاضى و لا لأحد ان يزوج صغيرة لم تحض الا الأب ، فأما الغلام فللوصى ان يزوجه قبل ان يحتلم - اه . و راجع ج ٣ ص ٥ من شرح الزرقانى .

(١) كذا فى الأصول بالتذكير و لعله « كانت » بالتأنيث .

(٢) كذا فى الأصول ، و لعل الضمير المجرور راجع الى الغلام و الجارية ، اى نفقة الصغير و الصغيرة لا تلزم احدا غير الأب ، و ارجع المولى ابو الوفاء ضمير المجرور الى الجارية فى تصحيحه « نفقتها » بالتأنيث . و البحر هو البحر - تدبر .

(٣) و فى الأصول « ليس » بالتذكير ، و الأولى بالتأنيث .

بطلاق لأنه يفارق غير امرأته! وكيف يقع الطلاق [1]على غير زوجته[1] و إنما جعل الله الطلاق على الزوجة! فأما أن يقول قائل: إنها ليست له بزوجة و فرقتهما طلاق! و هذا مما لا ينبغى أن يسقط على أحد يبصر من العلم شيئا. و قد جاء فى ذلك آثار كثيرة فى إجازة نكاح الأولياء للصغار[2].

قال: و قد أجاز الله تعالى فى كتابه نكاح اليتيمة و اليتيم اللذان[3] لم يبلغا لأنه لا يتم[4] بعد بلوغ، و لا يكون أيضا يتيمة و لها والد. قالوا: فأين[5] جاء ذلك؟ قيل لهم: أخبرونا عن قول الله «و يستفتونك فى النسآء قل الله يفتيكم فيهن و ما يُتلى عليكم فى الكتٰب فى يتٰمى النسآء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن» و قد فسر المفسرون قوله تعالى «لا تؤتونهن»: لا تزوجوهن. قالوا: هذا تفسير و ليس بتنزيل. قيل لهم: قد قال الله تعالى معها غيرها و بينة واضحة فقال «و لا تؤتونهن ما كتب لهن و ترغبون أن تنكحوهن» فليس قد عاتب فى الرغبة عن نكاحهن؟ قالوا: بلى! قيل لهم: لا ترغبوا عن ذلك، فكيف يعاتبهم فى الرغبة عن نكاح من لا يجوز نكاحه؟! لو كان

(١ - ١) كذا فى الهندية و هو الأرجح الأصح عندى، و فى الأصل «على زوجة» بدون الضمير و هو كما ترى.

(٢) سيأتى اثر طاوس و اثر عطاء فى آخر الباب، و لعل قوله «فى ذلك» زائد زاده الناسخ، فان قوله «فى اجازة - الخ» ظرف لقوله «جاء»؛ و يجوز ان يكون بدلا من قوله «فى ذلك» - تدبر.

(٣) كذا فى الأصول، و الأرجح عندى و الأصح «اللذين» فانه صفة اليتيمة و اليتيم و هما مجروران، و قيل الصواب «اللذان» وصحح، فتأمل فان الأمر ليس بأهم.

(٤) كذا فى الأصل، و فى الهندية «اليتم».

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية «و اين» و هو الأصح.

نكاح اليتيمة لا يجوز حتى تبلغ فترضى لم يعاتبهم الله تعالى فى الرغبة عن نكاحها ؟ قالوا : لأن الكبيرة البالغة تسمى يتيمة . قيل لهم : إن كانت البالغة تسمى يتيمة فليست تسمى إلا باسم الذى[1] لم تبلغ ، و ما الأصل فى اليتيم

(١) كذا فى الأصول ، و الذوق يقتضى بأن الصواب « التى » كما لا يخفى . و من ههنا سقط ما تفوه به ابن حزم فى المحلى من عدم جواز تزويج اولياء الصغيرة غير الأب ، و قال تعالى « و قد فصل لكم ما حرم عليكم » الآية ؛ و هذا مما لم يفصل تحريمه و عدم جوازه ، و لا يبطل بقول ابن حزم قول الحسن و ابراهيم ، و رسول الله صلى الله عليه و سلم لم يمنع عن انكاح الجد فان ورد المنع عنه صلى الله عليه و سلم فهات و لو ضعيفا او منكرا ! و لم يقدر هو باتيانه ؟ و الاستدلال على عدم الجواز بقوله تعالى « و لا تكسب كل نفس الا عليها » وكذا الاستدلال بقوله صلى الله عليه و سلم : رفع القلم عن ثلاث - الحديث ، استدلال الصبيان الذى يكون ضحكة ، بل هو تحكم لا يعضده قرآن و لا سنة و لا رواية ضعيفة و لا قول احد قبله جملة و لا رأى له وجه ، و القول بعدم الجواز الى البلوغ لم يرد به قرآن و لا سنة و لا رواية ضعيفة و لا رأى له وجه ، و انكاح ابى بكر لعائشة دليل صريح ، و الآية المذكورة فى الباب المذكور يكفى للرد على ابن حزم ، و لم يرد فى حديث و لو ضعيفا انه صلى الله عليه و سلم رد نكاح الجد للصغيرة ، ان كان فأت به ، و دونه خرط القتاد - و الله اعلم بمراد العباد . و ان حمل الحديث على ظاهره فلا يعتبر ايمان المراهق و لا روايته و لا عقوده التى باشرها فى حالة عدم البلوغ و لا صلاته التى قال فيها « مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا و اضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا » فالعقود التى تضر الصبيان لا يباشرها وليهم ، و ما فيه نفع لهم يباشره الأولياء . و النكاح الى العصبات كما روى عن على رضى الله عنه موقوفا و مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه و سلم ، و الأولياء اذا منعوا عن التزويج الى البلوغ ربما يفوت المصالح التى تفيد الصغار فى العاقبة و المآل فى الدنيا و الدين . =

إلا على من لم يبلغ فصيرتم التى سميت باليتم ، و ليست يتيمة هى اليتيمة التى لا يشك أحد أنها يتيمة [١] فأخرجتموها عن حد اليتيمة [١] .

قال محمد : أخبرونا أشك أحد من الناس أن التى لم تبلغ يتيمة ؟ قالوا : لا . قيل لهم : أبلغكم عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال : لا يتم بعد البلوغ ؟ قالوا : نعم . قيل لهم : فلو أن الناس قالوا لكم : ما عنى بهذه الآية إلا الصغائر التى لم يبلغن ؛ لم تقدروا على رد ذلك عليهم و هم يقدرون على رد ما قلتم عليكم ، يقولون [٢] : [٣] لا تسمى يتيمة [٣] بعد ما تبلغ ؛ فأفضل ما تقدرون عليه فى هذا أن تزعموا أن كلتا الجاريتين تسمى يتيمة ، فأما أن تخرجوا الصغيرة من اليتم و تجعلوا الكبيرة خاصة [يتيمة] [٤] فهذا أمر لا يكون لكم مع آثار كثيرة فى هذا و فعل قد فعله المسلمون و أجازته أئمة الهدى ؛

= و العصبات جمع محلى باللام يشمل كل من يوصف بالعصوبة - كما لا يخفى على من له ادنى مسكة من العقل .

(١) كذا فى الهندية ، و قوله « فأخرجتموها عن حد اليتيمة » لم يذكر فى الأصل ؛ وقوله « اليتيمة » ليس بمحرف و له معنى صحيح عندى ، وقيل « اليتم » مصدر . و هو ايضا صحيح .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « تقولون » بالخطاب ، و عندى بالغيبوبة احسن بل اصوب كما هو اقتضاه سياق العبارة ؛ و للناس فيما يعشقون مذاهب .

(٣-٣) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « لا يتيمة » .

(٤) سقط ما بين المربعين من الأصول عندى . انظر قوة الاستدلال كيف احتج محمد على اهل المدينة بالآية و الدليل العقلى ! . قال القارى فى ج ٢ ص ١١ من شرح النقاية بعد ذكر مذهب مالك و الشافعى رحمهما الله تعالى : و لنا قوله تعالى « و ان خفتم ألا تقسطوا فى اليتمى » الآية ، معناه فى نكاح اليتامى ؛ و انما يتحقق هذا الكلام اذا =

محمد

محمد قال : أخبرنا عبد الله بن المبارك [١] عن معمر بن راشد [٢] عن ابن

= جاز نكاح اليتيمة ، و قد نقل عن عائشة فى تأويل الآية انها انزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها و يرغب فى مالها و جمالها و لا يقسط فى صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن على سنتهن فى الصداقات ؛ و قالت فى تأويـــل قوله تعالى «فى يتٰمى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن » انما نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها و لا يرغب فى نكاحها لدمامتها و لا يزوجها من غيره لئلا يشاركه فى مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية فأمر الأولياء بتزوج اليتامى او بتزويجهن من غيرهم ؛ و ذلك دليل جواز تزويج اليتيمة ، و قد زوج رسول الله صلى الله عليه و سلم ابنة عمه حمزة من عمر بن ابى سلمة و هى صغيرة و قال : « لها الخيار » ؛ و قد روى عن على موقوفا و مرفوعـا الا نكاح الى العصبات ؛ و الآثار فى ذلك مشهورة عن عمر و عـــلى و ابن مسعود و ابن عمر و ابى هريرة - اه . و روى الطبرانى - كما فى مجمع الزوائد - عن سهلة بنت عاصم بن عدى قالت : ولدت يوم حنين يوم فتح رسول الله صلى الله عليه و سلم حنينـا فسمانى « سهلة » فقــال « سهل الله امرك » و ضرب لى بسهم و زوجنى عبد الرحمن بن عوف يوم ولدت - انتهى ، و فى اسناده كلام .

(١) هو ابن واضح الحنظلى التميمى مولاهم ، ابو عبد الرحمن المروزى ، احـد الأئمـة فى الحديث و الفقه ، من رجال الستة ، روى عن خلق كثير ، و عنه خلق كثير - كما فى التهذيب . و اطال الحافظ فى تهذيبه ترجمته فى خمس صفحـات ، منه : كان اطلب للعلم و انصح للامة ، فقيها عالما عابدا زاهدا شيخا شجاعا شاعرا ، لم يخلف بالمشرق بعده مثله ، اجتمع جماعة من اصحابه فقالوا : تعالوا حتى نعد خصاله من ابواب الخير فقالوا : جمع العلم والفقه و الأدب والنحو و اللغة و الشعر و الفصاحة و الزهد و الورع و الانصات وقيام الليل و العبادة و الحج و الغزو و الفروسية و الشجاعـة و الشدة فى بدنه و ترك الكلام فى ما لا يعنيه و قلة الخلاف على اصحابه و الحديث و العربية و التجـارة و السخاء =

طاوس[1] عن أبيه[2] قال : إذا زوج اليتيم[3] فله الخيار إذا بلغ .

= و المحبة عند الفراق ؛ ثقة مأمونا حجة كثير الحديث ، و له من الكرامات ما لا يحصى ، يقال : انه من الأبدال ؛ ولد سنة ثمان عشرة و مائة ، و مات سنة احدى و ثمانين و مائة و له ثلاث و ستون سنة ، ثبت فى الحديث . و راجع تهذيب التهذيب ، و هو من اصحاب الامام ابى حنيفة و فقهائهم رضى الله عنهم ، و يعتمد على اقواله فى كتب الفقه .

(٢) معمر بن راشد الأزدى الحدانى مولاهم . ابو عروة بن ابى عمرو البصرى ، سكن اليمن و شهد جنازة الحسن البصرى ، من رجال الستة . و اطال الحافظ فى ترجمته فى الجزء العاشر من التهذيب ، روى عن جماعات من الأكابر ، و عنه جماعات متفرقون ، ثقة ثبت مأمون ، اصدق الناس ، صالح فقيه حافظ متقن ورع ، مات فى رمضان سنة اثنتين او ثلاث و خمسين و مائة و هو ابن ثمان و خمسين سنة ؛ قال الطبرانى : كان معمر بن راشد و سلم بن ابى الذيال فقدا فلم ير لهما اثر - راجع التهذيب .

(١) هو عبد الله بن طاوس بن كيسان اليمانى ، ابو محمد بن الأنبارى ، من رجال الستة ، روى عن ابيه و عطاء و عمرو بن شعيب و غيرهم من الكبراء المحدثين و عنه ابناه طاوس و محمد و عمرو بن دينار و هو اكبر منه و ايوب السختيانى و هو من اقرانه و آخرون ، ثقة مأمون ، فقيه ، اعلم الناس بالعربية و احسنهم خلقا ، مات فى خلافة ابى العباس سنة ١٣٢ بعد ايوب بسنة ؛ كان من خيار عباد الله فضلا و نسكا و دينا . و قال عبد الرزاق عن معمر : قال لى ايوب : ان كنت راحلا الى احد فعليك بابن طاوس ؛ فهذه رحلتى اليه ، و ما رأيت ابن فقيه مثله .

(٢) هو طاوس بن كيسان اليمانى ، ابو عبد الرحمن الحميرى الجندى ، مولى بحير بن ريسان ، من ابناء الفرس ، تابعى جليل ، من رجال الستة : قيل : اسمه ذكوان ، و طاوس لقب ؛ روى عن العبادلة الأربعة و ابى هريرة وعائشة و زيد بن ارقم وسراقة بن =

محمد قال: أخبرنا إسمعيل بن عياش الحمصى[١] قال أخبرنى ابن جريج[٢] عن عطاء[٣] قال: إذا زوج اليتيم وهو صغير فهو بالخيار إذا كبر، و اليتيمة كذلك[٤].

= مالك و صفوان بن امية و عبد الله بن شداد بن الهاد و جابر و غيرهم، و عنه ابنه عبد الله و وهب بن منبه و سليمان التيمى و سليمان الأحول و مجاهد و ليث وغيرهم؛ ادرك خمسين من الصحابة؛ عن ابن عباس: انى اظن طاوسا من اهل الجنة؛ و يعد الحديث حرفا حرفا، ثقة، من عباد اهل اليمن و سادات التابعين، قد حج اربعين حجة، و كان مستجاب الدعوة؛ مات سنة احدى - و قيل: سنة ست - و مائة، و قيل: بضع عشرة سنة. (٣) فى الأصول «اليتيمة» و الضمائر تخالفه - كما لا يخفى.

(١) هو ابن سلم العنسى، ابو عتبة الحمصى، من رجال البخارى فى جزء رفع اليدين، و الأربعة، روى عن اهل الشام و العراق و الحجاز و غيرهم، و عنه خلق كثير - كما فى الجزء الأول من التهذيب، لا بأس به، ثقة عدل، اعلم الناس بحديث اهل الشام، صالح، و اكثر ما قالوا: يغرب عن ثقات المدنيين و المكيين. و اطال الحافظ فى ترجمته من التهذيب، مولده سنة ٢ او ٥ او ٦ و مائة، و مات سنة ١٨١ او ١٨٢.

(٢) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموى مولاهم، ابو الوليد و ابو خالد المكى، اصله رومى، من رجال الستة، روى عن حكيمة بنت رقيقة و ابيه عبد العزيز و عطاء بن ابى رباح وخلق، و عنه خلائق - كما فى التهذيب؛ ثقة كثير الحديث، مات سنة تسع و اربعين و مائة، و قيل: سنة خمسين، و قيل: سنة احدى و خمسين و مائة او غير ذلك، و قد سبق هو فيما قبل.

(٣) هو ابن ابى رباح اسلم القرشى مولاهم، ابو محمد المكى، من رجال الستة، تابعى جليل، فقيه مفت كثير الحديث، مضى ترجمته فى مواضع كثيرة من الكتاب.

(٤) يعنى: اذا كبرت و بلغت يكون لها الخيار.

باب النفقة من يجبر عليها من ذوى الرحم المحرم وغيره[١]

قال محمد : و زعم أهل المدينة[٢] أنهم لا يجبرون على النفقة إلا الوالد

(١) تفصيله على ما فى مبسوط السرخسى : قال رضى الله عنه : و يجبر الرجل الموسر على نفقة ابيه و امه اذا كانا محتاجين لقوله تعالى « و لا تقل لهما اف » نهى عن التأفيف لمعنى الأذى ، و معنى الأذى فى منع النفقة عند حاجتهما اكثر و لهذا يلزمه نفقتهما و ان كانا قادرين على الكسب لأن معنى الأذى فى الكد و التعب اكثر منه فى التأفيف ، و قال صلى الله عليه و سلم : ان اطيب ما يأكل الرجل من كسبه و ان ولده لمن كسبه فكلوا مما كسب اولادكم ؛ (رواه اصحاب السنن الأربعة وحسنه الترمذى من حديث عمارة ابن عمير عن عمه عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه و ان ولده من كسبه ، و رواه البيهقى من حديث الأسود عن عائشة مرفوعا : ان اولادكم هبة الله لكم « يهب لمن يشآء اناثا و يهب لمن يشآء الذكور » و اموالهم لكم اذا احتجتم اليها - اه ؛ و رواه الحاكم فى المستدرك و قال : صحيح على شرط الشيخين ؛ و اخرج ابو داود فى البيوع عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعا نحوه ؛ و رواه احمد فى مسنده : حدثنا عفان قال ثنا يزيد بن زريع ثنا حبيب المعلم عن عمرو ابن شعيب به - قاله المحدث الكبير فى نصب الراية) و اذا كان الأولاد ذكورا واناثا موسرين فنفقة الأبوين عليهم بالسوية فى اظهر الروايتين ، و روى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى ان النفقة بين الذكور و الاناث « للذكر مثل حظ الأنثيين » على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الأرحام ، و وجه الرواية الأخرى ان استحقاق الأبوين النفقة باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد ، كما قال صلى الله عليه و سلم : انت ومالك لأبيك (رواه ابن ماجه فى سننه من حديث جابر رضى الله عنه : حدثنا هشام بن عمار ثنا عيسى بن يونس ثنا يوسف بن اسحاق بن ابى اسحاق السبيعى عن محمد بن المنكدر عن جابر ان رجلا قال : يا رسول الله ! ان لى مالا و ولدا و ان ابى يريد ان يجتاح مالى ؟ =

على

على ولده[١] فى رضاع و لا غيره و الولد على و الديه . فأما غيره من ذوى القرابات

= قال : انت و مالك لأبيك - اه . قال ابن القطان : اسناده صحيح ، و قال المنذرى : رجاله ثقات ؛ وقال فى التنقيح : و يوسف بن اسحاق من الثقات المخرج لهم فى الصحيحين ؛ قال : وقول الدارقطنى فيه « غريب تفرد به عيسى عن يوسف » لا يضره فان غرابة الحديث و التفرد به لا يخرجه عن الصحة - اه . و الحديث روى من حديث عائشة ومن حديث سمرة بن جندب و من حديث عمر بن الخطاب و من حديث ابن مسعود و من حديث ابن عمر ايضا ، فحديث عائشة رواه ابن حبان فى صحيحه ، و حديث سمرة اخرجه البزار فى مسنده و الطبرانى فى معجمه ، وحديث عمر اخرجه البزار فى مسنده ، وحديث ابن مسعود اخرجه الطبرانى فى معجمه ، وحديث ابن عمر رواه ابو يعلى فى مسنده ؛ و تفصيل الأسانيد فى نصب الراية) و فى هذا الذكور و الاناث سواء و لهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة و ان انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة ؛ قال : و ان كان الولد معسرا و هما معسران فليس عليه نفقتهما لأنهما لما استويا فى الحال لم يكن احدهما بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر ، الا انه روى عن ابى يوسف رحمه الله تعالى قال : اذا كان الأب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الأب الى نفسه ، لأنه لو لم يفعل ضاع الأب ، و لو فعل ذلك لا يخشى الهلاك على الولد ، و الانسان لا يهلك على نصف بطنه ؛ قال : وكذلك الجد اب الأب و الجدة ام الأم و ام الأب لأنهم من الوالدين وحالهم فى استحقاق النفقة كحال الأبوين ، ألا ترى ان التأويل فى مال النافلة يثبت للجد عند عدم الأب كما يثبت للاب - انتهى . و سيأتى مزيد له . (٢) هذا على خلاف دأب الامام محمد فى هذا الكتاب فانه يذكر متصلا بالباب قول ابى حنيفة اولا ثم يذكر قول اهل المدينة ثم يرد عليهم ، و اما هنا فليس كذلك ، و لعل هذا من تصرفات بعض الناسخين .

(١) فى المدونة الكبرى : قلت : أرأيت المرأة الثيب ان طلقها زوجها او مات عنها =

الرحم المحرم فانهم لا يجبرون على النفقة فى الرضاع و لا غيره .

قال محمد : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجبر الرجل على نفقة كل ذى رحم محرم من صغير ليس له مال[1] أو رجل لا يقدر على

= و هى لا تقدر على شيء و هى عديمة أيجبر الوالد على نفقتها فى قول مالك ؟ قال: لا ؛ قلت : أرأيت الزمنى و المجانين من ولده الذكور المحتاجين الذين قد بلغوا الحلم و صاروا رجالا هل تلزم الأب نفقتهم ؟ قال : لم اسمع من مالك فيه شيئا ، و ارى ان يلزم الأب ذلك لأن الولد انما اسقط عن الأب فيه النفقة حين احتلم و بلغ الكسب و قوى على ذلك ، ألا ترى انه قبل الاحتلام انما الزم الأب نفقته لضعفه و ضعف عقله وضعف عمله فهؤلاء الذين ذكرت عندى اضعف من الصبيان ! ألا ترى ان من الصبيان من هو قبل الاحتلام قوى على الكسب الا انه على كل حال على الأب نفقته ما لم يحتلم ، الا ان يكون للصبي كسب يستغنى به عن الآباء او يكون له مال ينفق عليه من ماله ! فكذلك الزمنى و المجانين بمنزلة الصبيان فى ذلك كله ، ألا ترى النساء قد تحيض المرأة و تكبر و هى فى بيت ابيها فنفقتها على الأب ! و هى فى هذه الحال اقوى من هذا الزمن او المجنون ، و انما الزم الأب نفقتها لحال ضعفها فى ذلك ، فمن كان اشد منها ضعفا فذلك احرى ان يلزم الأب نفقته اذا كانت زمانته تلك قد منعته من ان يعود على نفسه المغلوب على عقله و الأعمى و الزمن الضعيف الذى لا حراك له ؛ قلت : أرأيت ان كانوا قد بلغوا اصحاء ثم ازمنوا او جنوا بعد ذلك و قد كانوا اخرجوا من ولاية الأب ؟ قال : فلا شيء لهم على الأب ، و لم اسمع من مالك فيه شيئا ، و انما قلته على البنت الثيب - انتهى .

(١) و ان كان له مال ينفق عليه من ماله ؛ قال فى المبسوط : فاذا كان للولد مال فنفقته فى ماله لأنه موسر غير محتاج ، و استحقاق النفقة على الغنى للعسر باعتبار الحاجة ، اذ ليس احد الموسرين بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر ، بخلاف نفقة الزوجة =

العمل[١] أو امرأة صغيرة أو كبيرة لا مال لها[٢]، فكل هؤلاء يجبر ذو رحمه المحرم على نفقته على قدر مواريثهم[٣]، فان كان فيهم والد فهو أحق بالنفقة من غيره. وقال أهل المدينة: لا ينفق على أحد من هؤلاء إلا والد على ولده أو ولد على والديه. و قالوا أيضا: لا يجبر فى نفقته جدّ و لا جدة و لا ولد ولد صغارا كانوا أوكبارا نساء كانوا[٤] أو زمنى من الرجال.

و قال محمد بن الحسن: الكتاب ينطق بخلاف[٥] ما قال أهل المدينة، قال الله تعالى «و الوالدات يُرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يُتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك»[٦]

= فان استحقاق ذلك باعتبار العقد لتفريغها نفسها له فتستحق موسرة كانت او معسرة، فأما الاستحقاق هنا باعتبار الحاجة فلا يثبت عند عدم الحاجة.

(١) نحو الزمن و الأعمى و المقعد و اشل اليدين و المفلوج و المعتوه و غير ذلك، فحينئذ تجب النفقة على الوالد لعجز المنفق عليه عن الكسب.

(٢) و ان كان لها مال فنفقتها فى مالها لأنها موسرة غير محتاجة الى النفقة.

(٣) سيأتى ما يفيده.

(٤) كذا فى الأصول وهو صحيح عندى، و قيل «كنّ» و له وجه ايضا - تأمل.

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية «على خلاف» و له وجه ايضا - ف.

(٦) قال ابو بكر الجصاص فى احكام القرآن: قوله تعالى «وعلى الوارث مثل ذلك» هو عطف على جميع المذكور قبله من عند قوله «و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» لأن الكلام كله معطوف بعضه على بعض بالواو و هى حرف الجمع فكان الجميع مذكورا فى حال واحدة النفقة و الكسوة، و النهى لكل واحد منهما عن مضارة الآخر على ما اعتورها من المعانى التى قدمنا ذكرها، ثم قال الله «و على الوارث مثل ذلك» =

= يعنى النفقة و الكسوة. و ان لا يضارها و لا تضاره اذ كانت المضارة قد تكون فى النفقة كما تكون فى غيرها ، فلما قال عطفا على ذلك « و على الوارث مثل ذلك » كان ذلك موجبا على الوارث جميع المذكور ، و قد روى عن عمر و زيد بن ثابت و الحسن و قبيصة بن ذؤيب وعطاء و قتادة فى قوله تعالى « و على الوارث مثل ذلك » قالوا : النفقة ؛ و عن ابن عباس و الشعبي : عليه ان لا يضار - قال ابو بكر : قولهما « عليه ان لايضار » لا دلالة فيه على انهما لم يريا النفقة واجبة على الوارث لأن المضارة قد تكون فى النفقة كما تكون فى غيرها فعوده على المضارة لا ينفى الزامه النفقة ، ولو لا ان عليه النفقة ما كان لتخصيصه بالنهى عن المضارة فائدة اذ هو فى ذلك كالأجنبى ، و يدل على ان المراد المضارة فى النفقة و فى غيرها قوله تعالى عقيب ذلك « و إِن أَردتم أَن تسترضعوا أَولادكم فلا جناح عليكم » فدل ذلك على ان المضارة قد انتظمت الرضاع و النفقة ؛ و قد اختلف السلف فيمن تلزمه نفقة الصغير فقال عمر ابن الخطاب : اذا لم يكن له اب فنفقته على العصبات ؛ و ذهب فى ذلك الى ان الله تعالى اوجب النفقة على الأب دون الأم لأنه عصبة فوجب ان تختص بها العصبات بمنزلة العقل ؛ و قال زيد بن ثابت : النفقة على الرجال و النساء على قدر مواريثهم ؛ و هو قول اصحابنا ، و روى عن ابن عباس ما ذكرنا من ان على الوارث ان لا يضارها ، و قد بينا ان هذا يدل على انه رأى على الوارث النفقة لأن المضارة تكون فيها : و قال مالك : لا نفقة على احد الا الأب خاصة ، و لا تجب على الجد و على ابن الابن للجد ، و تجب على الأبن للاب ؛ و قال الشافعى : لا تجب نفقة الصغير على احد من قرابته الا الوالد و الولد و الجد و ولد الولد ؛ قال ابو بكر : و ظاهر قوله تعالى « و على الوارث مثل ذلك » و اتفاق السلف على ما وصفنا من ايجاب النفقة يقضيان بفساد هذين القولين لأن قوله تعالى « و على الوارث مثل ذلك » عائد على جميع المذكورين فى النفقة و المضارة ، و غير جائز لأحد تخصيصه بغير دلالة ، و قد ذكر اختلاف السلف فيمن تجب عليه =

فقد جعل الله على الوارث مثل ما جعل على الوالد[1] . قالوا : لسنا نرى

= من الورثة ، و لم يقل احد منهم ان الأخ و العم لا تجب عليهما النفقة ، و قول مالك و الشافعى خارج عن قول الجميع ، و من حيث وجب على الأب و هو ذو رحم محرم وجب على من هو بهذه الصفة الأقرب فالأقرب لهذه العلة ، و يدل عليه قوله تعالى « و لا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم » الى قوله تعالى « أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم » فذكر ذو الرحم المحرم وجعل لهم ان يأكلوا من بيوتهم ، فدل على انهم مستحقون لذلك ، لولاه لما اباحه لهم ـ انتهى ج ١ ص ٤٠٧ . و فى احكام القرآن فوائد اخرى نقضا و ابراما فراجعه .

(١) قال فى المبسوط : وكذلك يجبر على نفقة كل ذى رحم محرم منه الصغار و النساء و اهل الزمانة من الرجال اذا كانوا ذوى حاجة ، عندنا ، و عند الشافعى رحمه الله تعالى لا تجب النفقة على غير الوالدين و المولودين ، و قال ابن ابى ليلى ـ رحمه الله تعالى : تجب النفقة على كل وارث محرما كان او غير محرم ؛ و استدل بظاهر قوله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » و لكنا نقول : قد بينا ان فى قراءة ابن مسعود رضى الله عنه : « و على الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك » ؛ و الشافعى رحمه الله تعالى يبنى على اصله فان عنده استحقاق الصلة باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق احد على احد الا الوالدين و المولودين عنده ، وجعل قرابة الاخوة فى ذلك كقرابة بنى الأعمام فكذلك فى حق استحقاق النفقة و فيما بين الآباء و الأولاد الاستحقاق بعلة الجزئية دون القرابة ، وحمل قوله تعالى « و على الوارث مثل ذلك » على نفى المضارة دون النفقة ، و ذلك مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ؛ و لكنا نستدل بقول عمر و زيد رضى الله عنهما فانهما قالا « وعلى الوارث مثل ذلك » : من النفقة ؛ ثم نفى المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث ، على ان الكناية فى قوله ذلك تكون عن الأبعد ، و اذا اريد به الأقرب يقال « هذا » فلما قال « ذلك » =

الرضاع يجب على أحد من ذوى الرحم المحرم[١] إلا على الوالد . قيل لهم: فكيف قلتم هذا و قد قال الله تعالى «و على الوارث مثـل ذلك»؟ قالوا: و على هذا قولنا . قيل لهم: فقد بلغنا[٢] عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه[٣]

= عرفنا انه منصرف إلى قوله تعالى «و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف» و المعنى فيه ان القرابة القريبة يفترض وصلها و يحرم قطعها، قال صلى الله عليه و سلم: «ثلاث معلقات بالعرش: النعمة و الأمانة و الرحم، تقول النعمة: كفرت و لم اشكر، و تقول الأمانة: خونت و لم ارد، و يقول الرحم: قطعت و لم اوصل» و قد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى «أولئك الذين لعنهم الله» ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه يؤدى الى قطيعة الرحم و لهذا اختص به ذو الرحم المحرم لأن القرابة اذا بعدت لا يفرض وصلها و لهذا لا تثبت المحرمية بها، وكذلك المرأة الموسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الأقارب لأن هذا الاستحقاق بطريق الصلة فيستوى فيه الرجال و النساء كالعتق عند الدخول فى الملك - انتهى . و قال الامام محمد فى كتاب الآثار ص ١٢٢: محمد قال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال: اجبر على النفقة كل ذى رحم محرم؛ قال محمد: و به نأخذ، و هو قول ابي حنيفة رضى الله عنه - انتهى .

(١) كذا فى الأصل و هو الصواب، و فى الهندية «ذوى الأرحام المحرم» .

(٢) قد مر مرارا ان بلاغات الامام محمد مسندة، كما صرح به ابن عابدين فى مواضع من رد المحتار؛ و روى البيهقى فى ج ٧ ص ٤٧٨ من السنن الكبرى من حديث سعيد ابن منصور نا سفيان عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر رضى الله عنه جبر عصبة صبي على ان ينفقوا عليه الرجال دون النساء؛ و رواه الليث ابن إبي سليم عن رجل عن ابن المسيب ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه جبر عما على رضاع ابن اخيه، و هذا منقطع - اه . و لفظ الأثر الأول رواه - كما فى =

ان امرأة رفعت إليه عم صبى لها ففرض عليه عمر رضى الله عنه نفقته؛ مع ما جاء فى هذا من الآثار المعروفة الكثيرة :

محمد قال : أخبرنا عبد الله بن المبارك عن معمر بن راشد عن الزهرى[1] أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أغرم ثلاثة كلهم يرث الصبى أجر رضاعه[2] .

= ج ٨ ص ٣٠٦ من كنز العمال - عبد الرزاق و ابو عبيد فى الأموال و سعيد بن منصور وعبد بن حميد و ابن جرير وق - اه . و متن الأثر الثانى على ما فى كنز العمال رواه عبد الرزاق وق. سيأتى مزيد بيان من الجوهر النقى آخر الباب. (٣) قد مر مرارا فيما قبل.

(١) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهرى القرشى ، ابو بكر الهذلى ، احد الأئمة الأعلام ، من رجال الستة ، و عالم الحجاز و الشام ، تابعى جليل ، روى عن ابن عمر و سهل بن سعد و انس و محمود بن الربيع و سعيد بن المسيب و خلق كثير من الصحابة و التابعين ، وعنه ابان بن صالح و جعفر بن برقان و ابن عيينة و ابن جريج و الليث و مالك و الأوزاعى و ابو جعفر الباقر و ابن المنكدر و هشام بن عروة و يحيى بن سعيد و عمرو بن دينار و ابو الزبير المكى و عمر بن عبد العزيز و معمر و ابن ابى الذئب و خلق كثير؛ ولد سنة خمسين ، و قيل احدى و خمسين ، و قيل ست و خمسين ، و قيل ثمان؛ و توفى سنة ثلاث ، و قيل اربع ، و قيل خمس و عشرين ومائة فى رمضان - من التهذيب . و ترجمته حافلة فى التهذيب .

(٢) فى كنز العمال : رواه عب هق ق و قال : هذا منقطع - اه . و فى ج ٧ ص ٤٧٩ من سنن البيهقى من حديث سعيد بن منصور انا عبد الله بن المبارك عن معمر عن الزهرى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه اغرم ثلاثة كلهم يرث الصبى اجر رضاعه؛ قال البيهقى : هذا منقطع - انتهى . قال فى الجوهر النقى ج ٧ ص ٤٧٩ : قلت : مرسل ابن المسيب قد ارسل من رواية الزهرى ايضا كما ذكره البيهقى ، و ارسل ايضا من وجه ثالث: =

باب نكاح الأولياء الأخ من الأب و الأم أولى من الأخ من الاب فى النكاح و غيره[1]

محمد قال قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا ولاية فى النكاح للأخ من

= قال ابن ابى شيبة : ثنا حفص هو ابن غياث عن اسمعيل يعنى ابن ابى خالد عن الحسن ان عمر جبر رجلا على نفقة ابن اخيه ، و المحتج يحتج بمثل هذا المرسل كما عرف ، و ذكر ابن ابى شيبة بسنده عن زيد بن ثابت قال : اذا كان عم و ام فعلى الأم بقدر ميراثها و على العم بقدر ميراثه ؛ و ذكر ابن ابى شيبة ايضا عن جماعة من التابعين و غيرهم ان المراد بقوله تعالى « و على الوارث مثل ذلك » وجوب النفقة و الرضاع ، و ذكر عبد الرزاق و عبد بن حميد و القاضى اسمعيل و غيرهم بأسانيدهم عن جماعة من السلف مثل ذلك؛ حكى ذلك عنهم ابن حزم ثم قال : فهؤلاء عمر بن الخطاب و زيد بن ثابت و لا يعرف لهما مخالف من الصحابة ، و من التابعين عبد الله بن عتبة بن مسعود و قبيصة بن ذؤيب و الحسن البصرى و عطاء بن ابى رباح و ابراهيم النخعى و اصحاب ابن مسعود و قتادة و الشعبى و مجاهد و شريح و زيد بن أسلم ، و هو قول الضحاك بن مزاحم و سفيان الثورى و عبد الرزاق - انتهى كلامه ؛ و نفى المضارة مع قلة من قال به و ضعف سنده لا يختص بالوارث فلا فائدة حينئذ فى تخصيصه به ، فظهر ان تفسير الآية بوجوب النفقة و الرضاع اولى منه لصحة معناه و كثرة القائلين به ؛ و يمكن حمل الآية على الأمرين جميعا ، و ليس التفسير بنفى المضارة منافيا للتفسير الآخر بل هو موافق به فى المعنى ، اذ لا مضارة فوق موت مورثه جوعا و عطشا و بردا و هو غنى فلا يرحمه - انتهى .

(١) تفصيله على ما فى ج ٢ ص ٢٤٩ من البدائع ان شرط التقدم شيئان ، احدهما العصوبة عند ابى حنيفة فتقدم العصبة على ذوى الرحم سواء كانت العصبة اقرب = اوابعد

= او ابعد، وعندهما هى شرط ثبوت اصل الولاية - على ما مر؛ و الثانى قرب القرابة يتقدم الأقرب على الأبعد سواء كان فى العصبات او فى غيرها على اصل ابى حنيفة، و على اصلهما هذا شرط التقدم لكن فى العصبات خاصة بناء على ان العصبات شرط ثبوت اصل الولاية عندهما، و عنده هى شرط التقدم على غيرهم من القرابات فما دام ثمه عصبة فالولاية لهم يتقدم الأقرب منهم على الأبعد، وعند عدم العصبات تثبت الولاية لذوى الرحم الأقرب منهم يتقدم على الأبعد، و انما اعتبر الأقرب فالأقرب فى الولاية لأن هذه ولاية نظر و تصرف الأقرب انظر فى حق المولى عليه لأنه اشفق فكان هو اولى من الأبعد، و لأن القرابة ان كانت استحقاقها بالتعصيب كما قالا فالأبعد لا يكون عصبة مع الأقرب فلا يلى معه، و لئن كان استحقاقها بالوراثه كما قال ابو حنيفة فالأبعد لا يرث مع الأقرب فلا يكون وليا معه؛ و اذا عرف هذا فنقول: اذا اجتمع الأب و الجد فى الصغير و الصغيرة و المجنون الكبير و المجنونة الكبيرة فالأب اولى من الجد اب الأب لوجود العصوبة و القرب، و الجد اب الأب و ان علا اولى من الأخ لأب و ام، و الأخ اولى من العم هكذا، وعند ابى يوسف و محمد الجد و الأخ سواء كما فى الميراث، فان الأخ لايرث مع الجد عنده فكان بمنزلة الأجنبى، وعندهما يشتركان فى الميراث فكانا كالأخوين؛ و ان اجتمع الأب و الابن فى المجنونة فالابن اولى عند ابى يوسف، و ذكر القاضى فى شرحه لمختصر الطحاوى قول ابى حنيفة مع قول ابى يوسف، و روى المعلى عن ابى يوسف انه قال ايهما زوج جاز، و ان اجتمعا قلت للاب: زوج؛ و قال محمد: الأب اولى به؛ وجه قوله ان هذه الولاية تثبت نظرا للمولى عليه، و تصرف الأب انظر لها لأنه اشفق عليها من الابن و لهذا كان هو اولى بالتصرف فى مالها، و لأن الأب من قومها و الابن ليس منهم، ألا ترى انه ينسب الى ابيه فكان اثبات الولاية عليها لقرابتها اولى؛ و وجه قول ابى يوسف ان ولاية التزويج مبنية على العصوبة، و الأب مع الابن اذا اجتمعا فالابن هو العصبة و الأب =

الأب مع الأخ من الأب و الأم[1] ، إلا أن يكون الأخ من الأب و الأم غائبا غيبة منقطعة[2] فيكون الأخ من الأب وليا جائز الأمر فى النكاح .

= صاحب الفرض فكان كالأخ لأم مع الأخ لأب و ام ؛ (وجه) رواية المعلى انه وجه فى كل منهما ما هو سبب التقدم ، اما الأب فلأنه من قومها و هو اشفق عليها ، و اما الابن فلأنه يرثها بالتعصيب ، و كل واحد من هذين سبب التقدم عليها فأيهما زوج جاز وعند الاجتماع يقدم الأب تعظيما و احتراما له ، وكذلك اذا اجتمع الأب و ابن الابن و ان سفل فهو على هذا الخلاف ؛ و الأفضل فى المسألتين ان يفوض الابن الانكاح الى الأب احتراما للاب و احترازا عن موضع الخلاف ؛ و على هذا الخلاف اذا اجتمع الجد و الابن قال ابو يوسف : الابن اولى ، و قال محمد : الجد اولى ؛ و الوجه من الجانبين على نحو ما ذكرنا ؛ و اما الأخ و الجد فهو على الخلاف الذى ذكرنا بين ابى حنيفة وصاحبيه ، و اما من غير العصبات فكل من يرث يزوج عند ابى حنيفة ، ومن لا فلا ؛ ثم انما يتقدم الأقرب على الأبعد اذا كان الأقرب حاضرا او غائبا غيبة غير منقطعة ، فأما اذا كان غائبا غيبة منقطعة فللأبعد ان يزوج ، فى قول اصحابنا الثلاثة - انتهى .

(١) لأنه ليس انظرلها و اشفق عليها من الأخ لأب و ام لأنه لا يرث معه فكان كالأجنبي .

(٢) و اختلف الأقاويل فى تحديد الغيبة المنقطعة ، و عن ابى يوسف روايتان ، فى رواية قال : ما بين بغداد و الريّ ، و فى رواية : مسيرة شهر فصاعدا ، و ما دونه ليس بغيبة منقطعة ؛ و عن محمد روايتان ايضا ، روى عنه : ما بين الكوفة الى الري ، و روى عنه : من الرقة الى البصرة ؛ و ذكر ابن شجاع ، اذا كان غائبا فى موضع لا تصل اليه القوافل و الرسل فى السنة الامرة واحدة فهو غيبة منقطعة ، و اذا كانت القوافل تصل اليه فى السنة غير مرة فليست بمنقطعة ؛ و عن الشيخ الامام ابى بكر بن الفضل البخارى انه قال : ان كان الأقرب فى موضع يفوت الكفؤ الخاطب باستطلاع رأيه فهو غيبة =

و قال أهل المدينة : الاخوة سواء فى الولاية فى النكاح ، الأخ من الأب و الأم و الأخ من الأب فى ذلك شرعا سواء ، فان زوجها أخوها لأبيها فلم يرض بذلك أخوها لأبيها و أمها فذلك جائز ، إلا أن يكون أوصى بها لأخيها لأبيها و أمها و استخلفه عليها ، فان كان ذلك فلا نكاح لها إلا برضاها إلا أن يكون غائبا .

و قال محمد : فكيف للأخ للأب ولاية فى النكاح و معه أخ للأب و الأم و الأخ من الأب و الأم عصبة دون الأخ من الأب[1] ؟! أرأيتم

= منقطعة ، و ان كان لا يفوت فليست بمنقطعة ، و هذا اقرب الى الفقه لأن التعويل فى الولاية على تحصيل النظر للولى عليه و دفع الضرر عنه و ذلك فيما قاله - اه قاله فى البدائع ج ٢ ص ٢٥١ .

و تأمل فى الزمن الحاضر سنة ١٣٧٤ هـ الذى ظهرت فيه الآلات الجديدة و الطيارات و السيارات سريعة السير تنقطع مسافة شهر او شهرين بها فى ايام قلائل بل فى ساعات معدودة لا تكون فيه غيبة منقطعه و لا يفوت الكفؤ الخاطب باستطلاع رأيه بالتلغراف او التلفون او الطيارة و غيرها فلا يجوز العقد الا باجازة الأقرب الغائب ، الا ان يكون مفقودا لا يُدرى موته و لا حياته ، او موجود فى موضع معلوم لكن لا يخبر عن حياته و موته كى يستطلع برأيه - تدبر .

(١) و قد تقدم ان الانكاح الى العصبات موقوفا و مرفوعا عن على رضى الله عنه ، و الأخ لأب و أم مع كونه عصبة اولى بالميراث من الأخ لأب كما ثبت فى احكام الميراث . قال فى البدائع ج ٢ ص ٢٥١ : و قال مالك : ليس لأحد الأولياء ولاية الانكاح ما لم يجتمعوا ، بناء على ان هذه الولاية ولاية شركة عنده ، وعندنا وعند العامة ولاية استبداد ، وجه قوله ان سبب هذه الولاية هو القرابة و انها مشتركة بينهم فكانت الولاية مشتركة لأن الحكم يثبت على وفق العلة و صار كولاية الملك ، فان =

لو ماتت المرأة[١] ثم ماتت المرأة التى أعتقتها أ ليس كان أخوها لأبيها و أمها

= الجارية بين الاثنين اذا زوجها احدهما لا يجوز من غير رضا الآخر لما قلنا ، كذا هذا ؛ و لنا ان الولاية لا تتجزأ لأنها ثبتت بسبب لا يتجزأ و هو القرابة ، و ما لا يتجزأ اذا ثبت بجماعة سبب لا يتجزأ يثبت لكل واحد منهم على الكمال ليس معه غيره ، كولاية الأمان ، بخلاف ولاية الملك لأن سببها الملك و انه متجز فيتقدر بقدر الملك ، فان زوجها كل واحد من الوليين رجلا علاحدة فان وقع العقدان معا بطلا جميعا ، لا سبيل الى الجمع بينهما و ليس احدهما اولى من الآخر ، و ان وقعا مرتبا فان كان لا يدرى السابق فكذلك لما قلنا ، و لأنه لوجاز لجاز بالتجزى ولا يجوز العمل بالتجزئ فى الفروج ، و ان علم السابق منهما من اللاحق جاز الأول و لم يجز الآخر؛ وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم انه قال : اذا نكح الوليان فالأول احق ـ انتهى .

(١) كذا فى الأصول « المرأة » و ظنى ان يكون « الأمة » مكان « المرأة » و القرينة على ذلك قوله : ثم ماتت المرأة التى اعتقتها ؛ و الاعتاق لا يكون الا للأمة او العبد ـ تدبر . فالأخ من الأب و الأم اولى بالميراث من الأخ لأب ، فكذا ولاية الأخ من الأب و الأم اولى من ولاية الأخ من الأب ، و الا لزم فى بعض الأوقات تجزئ الفروج و هو كما ترى لا يجوز فى وقت واحد ، فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ، او فالسلطان اولى به ؟ و قد قال مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب انه قال : قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لا تنكح المرأة الا باذن وليها او ذوى الرأى من اهلها او السلطان ـ انتهى موطأ ص ١٨٩ . فان كان الاخ من الأب و الأم من ذوى الرأى و لا يكون الأخ من الأب كذلك فكيف الحكم فى ذلك ؟ أليس يكون الأخ الشقيق اولى من الأخ العلاتى ؟! و لابدّ و الا يلزم خلاف اثر عمر رضى الله عنه ، كيف لا وقد قال الامام مالك فى الموطأ بعده : وعلى ذلك الأمر عندنا فى نكاح الأبكار !.

أولى

أولى بميراثها من أخيها لأبيها؟! و كذلك قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه [١]: إذا كان العصبة أحدهم [٢] أقرب بأم فهو أحق؛ فكيف للأخ من الأب ولاية مع الأخ من الأب و الأم! لئن جاز للأخ من الأب ولاية مع الأخ من الأب و الأم ليجوزن ذلك للعم [٣]؟ قالوا: ليس يجوز للعم ولاية مع الأخ. قيل لهم: فكذلك الأخ من الأب لا ولاية له مع الأخ من الأب و الأم.

باب في الرجل يزوج ابنه و هو صغير

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه في الرجل يزوج ابنه و هو صغير و للابن مال أو لا مال له: إن النكاح جائز، و الصداق على الابن، و ليس

(١) مر مرارا في الأبواب الماضية؛ و لم اجد من خرج اثر عمر رضى الله عنه، و العلم امانة في اعناق العلماء، فأفيضوا علينا من فيض علومكم ايها الأعلام باطلاع المخرج للأثر المذكور!.

(٢) كذا في الأصول و له معنى صحيح موجه؛ و قيل: «عصبة احدهم» بالاضافة، تأمل فيه و فتش من مظان العلم و معادنه.

(٣) لأنه شريك في القرابة، و لما لم يكن له ولاية مع الأخ لكونه ابعد من الأخ لكان الأخ الشقيق احق و اقدم ولاية من الأخ العلاتي في النكاح. قال ابن حزم في ص ٤٥٨ من المحلى: انه لا يجوز انكاح الأبعد من الأولياء مع وجود الأقرب، فلأن الناس كلهم يلتقون في اب بعد اب الى آدم عليه الصلاة و السلام بلا شك، فلو جاز نكاح الأبعد مع وجود الأقرب لجاز انكاح كل من على وجه الأرض لأنه يلقاها بلا شك في بعض ابائها، فان حدوا في ذلك حدا كلفوا البرهان عليه و لا سبيل اليه، فصح يقينا انه لا حق مع الأقرب للأبعد؛ ثم ان عدم فمن فوقه باب، و هكذا ابدا ما دام يعلم لها ولى عاصب كالميراث، و لا فرق - اه.

على الأب من الصداق شيء إلا أن يكون ضمن ذلك فيلزمه بما ضمن .
و قال أهل المدينة: إن زوجه و لا مال للابن فالصداق على الأب[١] لازم له أبدا[٢] أيسر الابن[٣] بعد ذلك أو لم يوسر، و إن كان للابن يوم زوجه أبوه مال[٤] فالصداق على ماله[٥] إلا أن يسمى الأب الصداق[٦] على نفسه .
و قالوا[٧]: ذلك النكاح جائز على الولد ما كان صغيرا[٨] .

و قال محمد: و كيف يلزم الأب الصداق و لم يضمن لهم شيئا و ما بين غناء الصغير و لا فقره في هذا الوجه افتراق[٩]؟! أرأيتم رجلا وكل وكيلا أن

---

(١) اى اذا كان الغلام يوم يزوج لا مال له، و ان كان للغلام مال فالصداق في مال الغلام الا ان يسمى الأب ان الصداق عليه - كما في ص ١٩١ من الموطأ .

(٢) كذا في الأصول، و لم يذكر لفظ «ابدا» في موطأ مالك .

(٣) في الأصول «الأب» و هو مصحف، و الصواب «الابن» كما في ج ٢ ص ١٧٣ من المدونة الكبرى .

(٤) و في الموطأ «و ان كان للغلام مال» - كما عرفت .

(٥) في الموطأ «فالصداق في مال الغلام» يعني حرف «في» الجارة مكان «على» الجارة .

(٦) كذا في الأصول، و في الموطأ «ان الصداق» .

(٧) في الأصل «و قال» بالافراد و هو كما ترى ان الضمير راجع الى اهل المدينة فلا بد من صيغة الجمع - تأمل .

(٨) كذا في الأصول، و في الموطأ: و ذلك النكاح ثابت على الابن اذا كان صغيرا و كان في ولاية ابيه - اه .

(٩) قال في المبسوط ص ٩٢: و لا يجب المهر على من قبل النكاح لغيره بوكالة او ولاية على صغيره او على عبده او على مكاتبه ما لم يضمنه، و لها المهر على الزوج، لحديث على رضى الله عنه: الصداق لمن اخذ بالساق؛ و لأن تسليم المعقود عليه الى الزوج =

= فوجب البدل عليه ايضا ، و العاقد معبر عنه حتى لا يستغنى عن اضافة العقد اليه فلا يكون ملزما للبدل الا ان يضمنه فيؤاخذ بالضمان حينئذ - انتهى . و فى ج ٧ ص ١٤٣ من السنن للبيهقى من حديث سعيد بن منصور ثنا هشيم انبأ يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار ان ابن عمر زوج ابنا له ابنة اخيه و ابنه صغير يومئذ - اه ؛ قال البيهقى و هذا محمول على ان اخاه اوجب العقد و ان ابن عمر قبله لابنه الصغير ، و روينا فى ذلك عن عروة بن الزبير و الحسن و الشعبى و النخعى ؛ و روى عن الحسن باسناد ضعيف عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم مرسلا : اذا انكح الرجل ابنه و هو كاره له فلا نكاح له ، و اذا زوجه وهو صغير جاز نكاحه ؛ و روى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه قال : الصداق على الابن الذى انكحتموه ؛ و روى عن عطاء انه قال : اذا انكح الرجل ابنه الصغير فنكاحه جائز و لا طلاق له - انتهى . و من ههنا ظهر لك بطلاق قول ابن حزم فى المحلى ج ٩ ص ٤٦٢ : لا يجوز للأب و لا لغيره انكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فان فعل فهو مفسوخ ابدا ، و اجازه قوم و لا حجة لهم الا قياسه على الصغيرة - اه . و هذا عبد الله بن عمر متبع الآثار و العادات قد زوج ابنا له صغيرا و لم ينكر عليه احد من الصحابة رضى الله عنهم و الصحابة عدول و هم كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ، و ليس عنده على قوله دليلا ينتهض به حجة إلا دعاوى كاذبة ؛ و قال : قول الله عزوجل « و لا تكسب كل نفس إلا عليها » مانع من جواز عقد احد على احد الا ان يوجب انفاذ ذلك نص قرآن او سنة و لا نص و لا سنة فى جواز انكاح الأب لابنه الصغير - انتهى . و هو كما ترى استدلال واه و هو منه استنباط و اجتهاد من الآية ، و لا مدخل لها فى جواز انكاح ابنه الصغير و لا فى عدمه ، و فعل ابن عمر رضى الله عنهما اقدم و احرى بالعمل من اجتهاد ابن حزم ، و اقاويل الصحابة و افعالهم فيما لا يدرك بالرأى حجة ، كيف لا و لم يخالفه احد من الصحابة رضى الله عنهم و هو اجماع سكوتى منهم و هو حجة بنفسه على الاستقلال ! ومعه عروة و الحسن و الشعبى و النخعى ، و تأيد بالحديث المرسل المذكور - تدبر .

يزوجه فزوجه الموكل غنيا كان أو فقيرا أيجب على الوكيل الصداق و لم يضمن شيئا[1]؟! و كذلك الوالد إنما هو معبر فى النكاح عن ولده فليس يلزمه من الصداق شيء إلا أن يضمنه[2] .

(١) اى لا يجب عليه شيء من الصداق ، بخلاف الوكيل بالبيع . و فى شرح النقاية ج ٢ ص ١٩ لعلى القارى رحمه الله تعالى : و صح ضمان وليها مهرها و لو كانت صغيرة ، و كذا ضمان وليه مهرها لأن الولى اهل للالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبله و هو المهر فيصح ، ثم للمرأة ان تطالب الولى او الزوج الا اذا كان صغيرا فليس لها ان تطالب الابعد بلوغه ؛ و فى شرح الوقاية : و انما قال «و لو صغيرة» لأنها اذا كانت صغيرة فطالب المهر ليس الا وليها فيتوهم انه لا يجوز الضمان لأنه باعتبار الضمان يكون طالبا فيكون الشخص الواحد مطالِبا و مطالَبا ، لكن لا اعتبار لهذا التوهم لأن حقوق العقد فى النكاح راجعة الى الأصل و الولى سفير و معبر هذا ، و لو زوج طفله الفقير او عبده او مكاتبه لا يلزمه المهر عندنا ، و الزم مالك و الشافعى به اه .

(٢) لكن بشرط صحته ، فلو فى مرض موته و هو وارثه لم يصح لأنه تبرع لوارثه فى مرض موته - فتح ؛ زاد فى البحر عن الذخيرة : و كذا كل دين ضمنه عن وارثه او لوارثه - اه ؛ اى لأنه بمنزلة الوصية لوارثه ، و ان لم يكن المكفول له او عنه وارث الولى الضامن صح الضمان من الثلث ، كما صرحوا به فى ضمان الأجنبي - بحر ؛ و يشترط قبول المرأة او غيرها من الولى و الفضولى و غيرهما فى المجلس لأن شطر العقد لا يتوقف على قبول غائب على المذهب - ط ؛ قال فى البحر : و لا بد من قبولها او قبول قابل فى المجلس ، قال الحلبي : وهذا فيما اذا كانت صغيرة و الكفيل ولى الزوج ، اما اذا كان وليها فايجابه يقوم مقام القول - كما فى النهر ، فان ادى رجع على الزوج ان امر الزوج بالكفالة كما هو حكمها ، فلو ادى الأب المهر من مال نفسه لا رجوع على ابنه الصغير ، قيل : لأن الكفيل لا رجوع له بالأمر و لم يوجد ، لكن قدمنا ان =

باب فى الرجل يزوج ابنه و هو كبير[١]

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الذى ينكح ابنه الكبير و هو غائب فيكره ذلك الابن إذا بلغه و يرد النكاح: إن النكاح يفسخ، و لا يكون على الأب و لا على الابن شيء، و لا يكون فرقتها طلاقا. و قال أهل المدينة مثل قول أبى حنيفة إلا أنهم قالوا: تكون الفرقة تطليقة.

و قال محمد: كيف يكون الفرقة طلاقا و لم يقع نكاح ثابت

= اقدامه على كفالته بمنزلة الأمر لثبوت ولايته عليه، و لهذا لو ضمنه اجنبي باذن الأب يرجع، فكذا الأب. نعم ذكر فى غاية البيان رجوع الأب لما ذكر، و فى الاستحسان: لا رجوع له لتحمله عنه عادة بلا طمع فى الرجوع، و الثابت بالعرف كالثابت بالنص الا اذا شرط الرجوع فى اصل الضمان فيرجع، لأن الصريح يفوق الدلالة - اعنى العرف - بخلاف الوصى فانه يرجع لعدم العادة فى تبرعه فصار كبقية الأولياء غير الأب - اه؛ و فى البزازية: اذا اشهد - اى الأب - عند الأداء انه ادى ليرجع رجع و ان لم يشهد عند الضمان - اه؛ و الحاصل ان الاشهاد عند الضمان او الأداء شرط الرجوع، كما فى البحر - كذا فى ج ٢ ص ٤٩١ من رد المحتار. و فيه جزئيات اخرى فراجعه.

(١) فالنكاح موقوف على اجازته - كما سيأتى فى الباب؛ فانه اذا رده انفسخ النكاح بدون طلاق و بدون وجوب المهر على احد منهما. و انظر كيف بنى اهل المدينة الطلاق على فرقة النكاح الذى لم يثبت بعد و هو موقوف على اجازة الولد الكبير و اذا رده لم يبق نكاحا! فمن اين جاء الطلاق و هو فرع وجود النكاح؟ و اذا رده فأين النكاح و اين الطلاق؟ و القياس على تزويج الصغير قياس مع الفارق، فان نكاح الصغير ثابت لازم نافذ. بخلاف الكبير فان نكاحه اذا رده لم يوجد بعد.

و لو ماتا لم يتوارثا ! قالوا : لأن الابن لو أجاز النكاح لجاز فلذلك جعلنا الفرقة طلاقا . قيل لهم : فلو أن عما لرجل قد أدرك زوجه بغير أمره فبلغه فأجاز؟ قالوا : لا يجوز هذا النكاح أبدا، وكذلك الجد و الأخ و جميع الأولياء إلا الوالد لا يجوز[1] على الولد إذا كان كبيرا مالكا لأمره . قالوا : لأن نكاح الوالد على الصغير جائز . قيل لهم : إن حال الصغير غير حال الكبير، إذا كبر الرجل و كان عفيفا مسلما لم يملك والده من أمره شيئا كان فى انكاحه بمنزلة غيره ، فما حال الوالد فى إنكاح الولد الكبير و غيره إلا سواء، و لكنا نزعم أن من أنكحه فنكاحه موقوف فان أجازه فهو جائز ، و إن رده فهو مردود ، و لا يكون ذلك طلاقا ، أرأيتم رجلا كره نكاح ابنه و هو كبير لامرأة أراد ابنه أن يتزوجها و الأب ظالم لابنه فى ذلك[2]

(١) عبارة هذا الباب كلها مختلطة و فيها اغلاط و تصحيفات و لذا لم اقدر على فهمها و لم اتحصل على معناها و لم اتمكن على تصحيحها ، و هى كما ترى بمرأى منك ، و فوق كل ذى علم عليم . و المسألة فى ج ٢ ص ١٤٩ من المدونة الكبرى : قلت : أرأيت ان زوج رجل ابنه ابنة رجل و الابن ساكت حتى فرغ الأب من النكاح ثم انكر الابن بعد ذلك ، و قال لم آمره ان يزوجنى و لا ارضى ما صنع و انما صمت لأنى علمت ان ذلك لا يلزمنى ؛ قال : ارى ان يحلف ، و القول قوله ؛ و قد قال مالك فى الرجل الذى يزوج ابنه الذى قد بلغ فينكر اذا بلغه قال : يسقط عنه النكاح و لا يلزمه من الصداق شيء ، و لا يكون على الأب من الصداق شيء ، فهذا عندى مثل هذا ، و ان كان حاضرا رأيته او اجنبيا من الناس فى هذا سواء اذا كان الابن قد ملك امره فى هذا - انتهى .

(٢) كذا فى الأصول ، تأمل فى العبارة لعل السقوط وقع فيها ، و لم اتمكن على اصلاحها .

و المرأة

و المرأة ابنة عمه يتيمة و قد بلغت لا أحد[1] لها غير العناء[2] و أبوه[3] يضربها و أحب الابن أن يتزوجها[4] للأب[5] أن يمنعه عن ذلك العناء[6] .... و ن على جميع أموره و هو عند الناس أفضل من[7] أبيه؛ قالوا: ليس لأبيه أن يمنعه من ذلك[8]. قيل لهم: فان الأب لما علم ذلك زوجها ابنه و الابن لا يعلم بعشرة آلاف درهم[9] فرد النكاح و قال «لا أرضى بهذا الصداق» أيفرق بينهما

(١) كذا في الأصول «لا احد» بالحاء المهملة، و لعله «لا اجد» بالجيم من الوجدان متكلما، اى لا اجد لها غير انقيادها له، او «لا تجد» بالغيبة يعنى المرأة لا تجد في هذه الحالة لنفسها غير انقيادها للتجويز المذكور لا قدرة لها على انكاره.

(٢) كذا في الأصل، و في الهندية «انقياد» مكان «العناء».

(٣) كذا في الأصل، و الواو من «و ابوه» ساقط من الهندية.

(٤) ههنا بياض قليل في الهندية و هو متصل في الأصل - ف.

(٥) «للاب» حرف الاستفهام لم يذكر في الأصول و هذا مقام الاستفهام - ف.

(٦) بعد قوله «العناء» بياض، و في الهندية «لانقياد» - ف.

(٧) كذا في الأصل، و سقطت هذه العبارة بعد البياض من الهندية، و هي غير مفهومة بسبب سقوط العبارة، و لعل الله يحدث بعد ذلك امرا - ف.

(٨) قوله «من ذلك» كذا في الأصول و الأولى «عن ذلك» كما لا يخفى.

(٩) كذا في الأصول، و فيها خلل لا يخفى، وسقط شيء من العبارة، و هو ظاهر. و في ج ٢ ص ١٤٩ من المدونة الكبرى: قلت: أرأيت لو ان رجلا اتى الى امرأة فقال «ان فلانا ارسلني يخطبك و امرني ان اعقد نكاحه ان رضيت» فقالت «قد رضيت» و رضي وليها فأنكحه و ضمن له الرسول الصداق ثم ندم فلان فقال «ما امرته»؟ قال قال مالك: لا يثبت النكاح، و لا يكون على الرسول شيء من الضمان الذي ضمن؛ و قال غيره: يضمن الرسول - و هو علي بن زيد؛ قلت: أرأيت ان =

و تكون فرقتها تطليقة؟ قالوا: نعم. قيل لهم: فان الأب[1] أيضا أعاد فزوجها إياه بتسعة آلاف درهم مرة أخرى فبلغ الابن أيضا فرد النكاح و قال «لا حاجة بهذا النكاح و بهذا[2] الصداق» أيفرق بينهما؟ قالوا: نعم. قيل لهم: فتكون تطليقة أخرى؟ قالوا: نعم. قيل لهم: فقد كانت الجارية حراما على الابن لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره؛ فأى قول أعجب من هذا! إن الرجل إذا شاء أن يحرم المرأة على ابنه فعل يزوجها ثلاث مرات

= امر رجل رجلا ان يزوجه فلانة بألف درهم فذهب المأمور فزوجه بألفي درهم فعلم بذلك قبل ان يبنى بها؟ قال قال مالك: يقال للزوج: رضيت بالألفين و الا فلا نكاح بينهما الا ان ترضى بألف! فيثبت النكاح؛ قلت: فتكون فرقتها تطليقة ام لا؟ قال: نعم يكون طلاقا؛ قلت: و هذا قول مالك؟ قال: نعم هو قوله الا ما سألت عنه من الطلاق فانه رأيي، و قال غيره: لا يكون طلاقا؛ قلت: فان لم يعلم الزوج بما زاد المأمور من المهر و لم تعلم المرأة ان الزوج لم يأمره الا بألف و قد دخل بها؟ قال: بلغني ان مالكا قال: لها الألف على الزوج، و لا يلزم المأمور شيء لأنها صدقته، و النكاح ثابت فيما بينهما. و انما جحدها الزوج تلك الألف الزائدة؛ قلت: أرأيت ان قال الرسول: لا و الله ما امرني الزوج الا بألف و انا زدت الألف الأخرى؟ قال: لم اسمع من مالك فيه شيئا، و ارى ذلك لازما للمأمور، و النكاح ثابت فيما بينهما اذا كان قد دخل بها - انتهى.

(١) كذا في الأصول، و لعله «فان كان الأب» بان الشرطية و هو المناسب للمقام، و بهذا صححه الفاضل ابو الوفاء سلمه الله تعالى، و عندى في العبارة خلل بعد و شيء منها سقط من قلم الناسخ، يدل عليه عبارة المدونة الكبرى.

(٢) في الأصل «و هو» و في الهندية «و هذا» و عندى «و بهذا» بالباء الجارة قبل الاشارة.

على مهر يكرهه فيحرم عليه ! فهذا ما لا ينبغى أن يتكلم به أن تصير الفرقة و الحرمة و الطلاق بيد غير الزوج والدا كان أو غير والد[1] .

باب الرجل يغيب و له ابنة صغيرة أمر أخاه أن يزوجها من يرضاه

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل خرج إلى بلد و خلف

(١) فان الطلاق و الحرمة و الفرقة يكون بيد الزوج ، ان شاء طلقها ، و ان لم يشأ لم يطلقها ، وهو مختار فى ذلك و لا يشاركه فى ذلك احد وليا كان او غيره ، و الا وقع الخلل فى نظام العالم . و قد روى ابن ابى شيبة فى مصنفه : حدثنا وكيع عن هشام عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس قال : الطلاق بالرجال و العدة بالنساء . و رواه الطبرانى فى معجمه موقوفا على ابن مسعود اخرجه عن اشعث بن سوار عن الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال : الطلاق - الى آخره . و رواه عبد الرزاق فى مصنفه موقوفا على عثمان و زيد بن ثابت و ابن عباس كما فى التخريج . ألا ترى انه لا يجوز طلاق ابى القاصر على زوجته ، وكذا طلاقه عليها لو مراهقا . و فى عقود الجواهر ج ١ ص ١٢١ : ابو حنيفة عن منصور بن المعتمر عن الشعبي عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا يجوز للمعتوه طلاق و لا بيع و لا شراء ؛ كذا رواه ابو يوسف عنه ، و رواه ابن خسرو من طريق على بن الربيع عن ابيه عنه ؛ و اخرج الترمذى من حديث ابى هريرة رفعه بلفظ « كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » و قال : لا نعرفه مرفوعا الا من حديث عطاء بن عجلان و هو ضعيف ؛ و اخرج ابن ابى شيبة من حديث على باسناد صحيح : كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه - انتهى . و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » - رواه ابن ماجه ص ١٥٢ و الدارقطنى و غيرهما .

ابنة صغيرة و قد بلغت أن تجامع[1] و لم تبلغ مبلغ النساء و أمر أخاه إن جاء من يرضاه يزوجها إياه فأنكحها الأب و هو غائب و أنكحها أخوه فكان نكاح الأب[2] قبل أو بعد، قال أبو حنيفة : إن نكاح الأول[3] منهما جائز، فان دخل بها الآخر منهما فرق بينهما، و كان لها الصداق بما استحل من فرجها، و تعتد من الذى دخل بها[4] ثم ترد إلى زوجها الأول. و قال أهل المدينة فى رجل خرج إلى بلد و خلف ابنة و أمر أخاه إن جاءه من يرضاه أن يزوجها إياه فأنكحها الأب و هو غائب و أنكحها أخوه فكان[5]

(١) اى بعد تسع سنين اذا كانت ضخمة سمينة تطيق الرجال .

(٢) سقط من الأصول لفظ « الأب » و لا بد منه - كما لا يخفى .

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية « الأولى » و هو مصحف .

(٤) كذا فى الأصل، و فى الهندية « بهما » و الصواب « بها » بافراد التأنيث - كما لا يخفى. و فى حديث عائشة رواه ابوداود و الترمذى و ابن ماجه : فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها - الحديث . و فى الباب احاديث فى نصب الراية " للزيلعى و السنن الكبرى للبيهقى و غيرهما .

(٥) فى المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٤٧ : قلت : أرأيت لو ان امرأة زوجها الأولياء برضاها فزوجها هذا الأخ من رجل و زوجها هذا الأخ من رجل و لم يعلم ايهما اول؟ قال قال مالك : ان كانت وكلتهما فان علم ايهما كان اول فهو احق بها، و ان دخل بها احدهما فالذى دخل بها احق بها و ان كان آخرهما نكاحا ؛ و اما اذا لم يعلم ايهما اول و لم يدخل بها واحد منهما فلم اسمع من مالك فيه شيئا الا انى ارى ان يفسخ نكاحهما جميعا، ثم تبتدئ نكاح من احبت منهما او من غيرهما؛ قلت : أرأيت ان قالت المرأة « هذا هو الأول » و لم يعلم ذلك الا بقولها ؟ قال : لا ارى ان يثبت النكاح، و ارى ان يفسخ ابن وهب عن معاوية بن صالح عن يحيي بن سعيد انه قال : ان =

نكاح الأب قبله أو بعده: إنه لا ينبغي [له] ذلك و لم يستخلف غيره في مثل هذا أن يغيب و أن يزوج[١] إلا أن يعلم أن خليفته لم يزوج بعد[٢]، فان مات[٣]

= عمر بن الخطاب قضى في الوليين ينكحان المرأة و لم يعلم احدهما لصاحبه انها للذى دخل بها، و ان لم يكن دخل بها احدهما فللأول؛ ابن وهب عن يونس انه سأل ابن شهاب عن رجل امر اخاه ان ينكح ابنته وسافر فأتى رجل فخطبها اليه فأنكحها ثم ان عمها انكحها بعد ذلك فدخل بها الآخر منهما ثم ان الأب قدم و الذى زوج معه، قال ابن شهاب: نرى انهما ناكحان لم يشعر احدهما بالآخر فنرى اولاهما بها الذى افضى اليها حتى استوجبت مهرها تاما و استوجبت ما تستوجب المحصنة من نكاح الحلال، و لو اختصما قبل ان يدخل بها كان احدهما احق فيما نرى الناكح الأول و لكنهما اختصما بعد ما استحل الفرج بنكاح حلال لا يعلم قبله نكاح؛ ابن وهب عن رجال من اهل العلم عن يحيى بن سعيد و ربيعة و عطاء و مكحول بذلك؛ قال يحيى: فان لم يعلم ايهما كان قبل فسخ النكاح الا ان يدخل بها فان دخل بها لم يفرق بينهما - انتهى بلفظه.

(١) كذا في الأصول، و الصواب «ان زوج» و لعل شطرا من العبارة سقط؛ يعني: لا يجوز له ان يستخلف احدا لذلك، فان غاب و استخلف احدا و زوجها هو من رجل فلا بد له من ان يعلم ان خليفته لم يزوج بعد، و الا لم يزوجها، فان زوجها كلاهما من رجل فالتفصيل المار - تأمل.

(٢) لعله: و ان زوج الأب فلا بد من ان يعلم ان خليفته لم يزوج بعد.

(٣) كذا في الأصول، اى: و ان مات الذى زوجه اياها كانت امرأة من دخل بها ميتا كان الداخل بها اوحيا. و يمكن ان يكون «فان فات» بالفاء من الفوت، لكن لا يناسب قوله «ذلك» على كل حال - تأمل.

ذلك كانت امرأة الذى دخل بها منهما[1] قبل صاحبه، و لم تنظر[2] فى ذلك إلى من نكح قبل، و إن لم يدخل بها واحد منهما كانت امرأة الأول لأنه لم يدخل بها واحد منهما.

[3] قيل لهم:[4] و إن دخل بها الآخر كانت امرأته؛ أرأيتم قبل أن يدخل بها الآخر امرأة أيهما هى؟ قالوا: امرأة الأول لأنه لم يدخل بها واحد منهما. قيل لهم: فاذا دخل الآخر بامرأة الأول صارت امرأته بدخوله بها! لو كان هذا من قول بنى إسرائيل لتحدث[5] به عنهم؛ أرأيتم لو لم يدخل بها منهما[6] حتى ماتت أيهما كان يرثها و أيهما يقع طلاقه عليها؟ قالوا: الأول. قيل لهم: فكيف تحولت من الأول إلى الآخر بدخول الآخر بها و قد كان الأول زوجها؟ ما يستدل على هذا بشىء أقبح منه[7]!!

---

(١) فى الأصول «منها» بالتأنيث و هو مصحف.

(٢) كذا فى الأصول، و الصواب «و لم ينظر» بالغيبة - كما لا يخفى.

(٣) لعله سقط من هنا «و قال محمد».

(٤) كذا فى الهندية، و من قوله «قبل صاحبه ....» س ١ ساقط من الأصل الى قوله «و ان دخل».

(٥) كذا فى الأصول، و معناه صحيح، و قيل «ليتحدث» تأمل.

(٦) كان فى الأصول «منهم» و هو خطأ، و الصواب بضمير التثنية - كما لا يخفى.

(٧) يعنى اذا دخل بها الآخر صارت امرأته بسبب الدخول و قد كانت امرأة الأول فهى امرأة للزوجين فى وقت واحد؛ و ليس له نظير فى الشرع و لم يرد لجواز ذلك نص فى الشرع، و ما يستدل به عليه من الأقيسة قبيح جدا لا يليق بشأن العلماء.

باب

باب الرجل يتزوج المرأة البكر أو الثيب[١]

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الذى يتزوج المرأة البكر أو الثيب غضبا[٢] لسطان أو غير ذلك : إن النكاح جائز إذا أقرت بذلك مستكرهة[٣] رضيت به بعد دخولها أو لم ترض ؛ و كذلك الطلاق و العتاق ،

(١) اى بغصب و اكراه من غيره سلطانا كان او غيره صاحب شوكة و قوة ، و لعل البكر او الثيب بمعنى العام و هو يشمل ما اذا أُكره الزوج او الزوجة على عقد النكاح كما هو مقتضى اطلاقهم ، خلافا لما قيل من ان العقد لا يصح اذا اكرهت هى عليه .

(٢) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « غصبا » .

(٣) و قد نظم فى النهر على ما فى الدر المختار ما يصح مع الاكراه فقال :

طلاق و ايلاء ظهار و رجعة — نكاح مع استيلاد عفو عن العمد

رضاع و ايمان و فيء و نذره — قبول لايداع كذا الصلح عن عمد

طلاق على جُعل يمين به اتت — كذا العتق و الاسلام تدبير للعبد

و ايجاب احسان و عتق فهذه — تصح مع الاكراه عشرين فى العد

قال ابن عابدين رحمه الله فى رد المحتار ج ٢ ص ٦٥٣ من كتاب الطلاق : قال فى النهر : و هى ترجع الى ستة عشر لدخول ايجاب الاحسان فى النذر و دخول الطلاق على جعل و اليمين بالطلاق فى الطلاق و دخول اليمين بالعتق فى العتق - اه ، ح ؛ و تقدم عن النهر ان قبول الايداع ليس منها فعادت الى خمسة عشر ، و قدمنا ان الاستيلاد و الرضاع من الأفعال الحسية المترتب عليها امر آخر فلا ينبغى تخصيصهما بالذكر فعادت الى ثلاثة عشر ، و قد زدت عليها خمسة اخر التقطتها من اكراه كافى الحاكم ؛ الأولى : الخلع على مال بأن أُكره على خلع امرأته على الف و قد تزوجها على اربعة آلاف و دخل بها و المرأة غير مكرهة فالخلع واقع و لها عليه الألف ، و لا شيء على الذى اكرهه ، و لو كانت هى المكرهة كانت الطلاق بائنا و لا شيء عليها ؛ الثانية : الفسخ ، كما =

و لا يشبه النكاح و العتاق و الطلاق غير ذلك من الأشيـاء ، لأن النكاح و العتاق ممـا جاءت فيه الآثار أن هزله وجدّه فيه سواء[1] . فأما ما سوى ذلك من الأشياء من شراء أو بيع أو تجارة أو غير ذلك فليس يجوز شيء منه باستكراه[2] السلطان .

= لو اعتقت و لها زوج حرّ لم يدخل بها فأُكرهت على ان اختارت نفسها فى مجلسها بطل المهر عن الزوج و لا شيء عـلى المكره ، و لو كان دخل بها الزوج قبل ذلك فالمهر لمولاها على الزوج و لا يرجع على المكره ؛ الثالثة التكفير ، كما لو اكره بوعيد تلف على ان يكفر يمينا قد حنث فيها و لا رجوع له على المكره ، و ان اكرهه على عتق عبده هذا لم يجزه و على المكره قيمته ، و لو اكره بالحبس اجزاه عنهما ، وكذلك كل شيء وجب عليه لله تعالى من نذر او هدى او صدقة او حج فأُكره على ان يمضيه و لم يأمره المكره بشيء بعينه اجزاه و لا ضمان على المكره ؛ الرابعة ما كان شرطا لغيره ، كما لو علق عتق عبد على شرائه او طلاق زوجته على دخول الدار فأكره على الشراء او الدخول او اكره على شراء محرمه او امته قد ولدت منه ، و نحو ذلك ، و يدخل فيه الرضاع فانه شرط للحرمية ، و الاستيلاد اى الوطؤ لطلب الولد فانه شرط لثبوته منه ايضا ؛ الخامسة : ما قدمناه من التوكيل بالطلاق و العتق ؛ فقد صارت ثماني عشرة صورة نظمتها بقولى :

طلاق و اعتاق نكاح و رجعة　　ظهار و ايلاء وعفو عن العمد
يمين و اسلام و فيء و نذره　　قبول لصلح العمد ، تدبير للعبد
ثلاث و عشر صححوهـا لمكره　　وقد زدت خمسا وهى خلع على نقد
و فسخ و تكفير و شرط لغيره　　و توكيل عتق او طلاق فخذ عدى

(١) سيأتى تخريجه بعد .

(٢) سيأتى ما يتعلق به آخر الباب - ان شاء الله تعالى .

و قال أهل المدينة فى الذى ينكح المرأة البكر أو الثيب غضبا[1] لسلطان أو غير ذلك يفرق بينهما[2]، و لا يقران على نكاحهما و إن رضيت به بعد دخوله بها و رضي وليها لأن أصله حرام لا يحل[3]. قالوا: و لها صداق مثلها.

قال محمد: بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: «ثلاث هزلهن جدّ وجدهن جد: الطلاق و العتاق و النكاح»[4].

---

(١) كذا فى الهندية، و فى الأصل «غصبا».

(٢) لأنهما لم يجزما عليه بالارادة و القصد بل بالجبر و الاكراه، فانه قصد غير المعنى المقول وموجبه و لذا ابطله الشارع - قاله الزرقانى فى شرح الموطأ ج ٣ ص ٣٥ ذيل شرح اثر رواه مالك فى الموطأ عن يحيي بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال: ثلاث ليس فيهن لعب: النكاح و الطلاق و العتق - اه. و هو فى باب جد النكاح و هزله من المدونة ج ٢ ص ١٦١: قلت: أرأيت ان خطب رجل امرأة و وليها حاضر فقال «زوجنيها بمائة دينار» فقال الولى «قد فعلت» و قد كانت قد فوضت الى الولى فى ذلك الرجل الخاطب و هى بكر و المخطوب إليه والدها فقال الخاطب «لا ارضى بعد قول الأب او الولى «قد زوجتك»؟ قال ارى ذلك يلزمه، و لا يشبه هذا البيع لأن سعيد بن المسيب قال: ثلاث ليس فيهن لعب هزلهن جد: النكاح و الطلاق و العتاق؛ فأرى ذلك يلزمه - انتهى. فعلم من ذلك ان الخلاف ليس الا فى نكاح المكره فقط - تدبر.

(٣) لأنه قصد غير المعنى المقول فلا يكون داخلا فى الهازل و اللاعب.

(٤) و هو مسند، رواه ابو داود و ابن ماجه و الترمذى و قال: حسن غريب عن ابى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: ثلاث جدهن جد و هزلهن جد: النكاح و الطلاق و الرجعة - اه. و الحديث رواه الامام ابو حنيفة رضى الله عنه و هو فى ج ٢ ص ٨٢ من جامع المسانيد: ابو حنيفة عن عطاء بن ابى رباح عن يوسف بن ماهك عن =

= ابى هريرة رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال « ثلاث جدهن جد و هزلهن جد : النكاح و الطلاق و الرجعة » اخرجه ابو محمد البخارى عن صالح الترمذى عن الفضل بن العباس الرازى عن ابى الحارث محرز بن محمد البعلبكى عن الوليد بن مسلم عن ابى حنيفة رضى الله تعالى عنه - انتهى . و نقله فى الجواهر المنيفة ج ٢ ص ١٢١ فقال : ابو حنيفة عن عطاء عن يوسف بن ماهك عن ابى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : ثلاث جدهن جد و هزلهن جد : الطلاق و النكاح و الرجعة - كذا رواه الوليد بن مسلم عنه ؛ و اخرجه ابو داود و ابن ماجه و الترمذى و قال : حسن غريب ؛ و قال الحاكم : صحيح الاسناد ؛ و اخرجه الطحاوى من طريق سليمان بن بلال و عبد العزيز الدراوردى و اسمعيل بن ابى كثير الأنصارى ثلاثتهم عن عبد الرحمن بن حبيب بن اردك عن عطاء بن ابى رباح عن يوسف بن ماهك مثله ؛ قلت : و ابن اردك مختلف فيه و قد وثقه غير واحد ؛ و ظهر من سياق الطحاوى ان عطاء فى سند الامام هو ابن ابى رباح . و قال الحافظ : هو الصحيح ؛ و قد وقع كذلك عند ابى داود و الحاكم ، قال : و وهم ابن الجوزى فقال : « عطاء بن عجلان » و هو متروك ؛ قال الشيخ قاسم نقلا عن شيخه الحافظ ابن حجر : وقع عند الغزالى « و العتاق » بدل « و الرجعة » و وقع فى الهداية « و اليمين » بدل « و العتاق » و لم اجده كما ذكرا ، و انما الذى فى الحديث « الرجعة » بدل « اليمين » « و العتاق » - انتهى ؛ قلت : ذكر الحافظ بنفسه فى شرح احاديث الوجيز ان هذه اللفظة يعنى « العتاق » وقعت عند الطبرانى فى حديث فضالة بن عبيد بلفظ : ثلاث لا يجوز اللعب فيهن : الطلاق و النكاح و العتق ؛ و عند الحارث بن اسامة من حديث عبادة بن الصامت بزيادة : فمن قالهن وجبن ؛ و فيهما ابن لهيعة . و الأخير منقطع ايضا ؛ و فى الباب عن ابى ذر رفعه نحوه اخرجه عبد الرزاق ، و عن على و عمر نحوه موقوفا ؛ قال : و فى هذا رد على ابن العربى و النووى حيث انكرا على الغزالى ايراد هذه اللفظة - =

تأمل

= تأمل ؛ فان قال المخالف : ما قولكم فى الحديث الذى رواه ثوبان مرفوعا « رفع عن امتى الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه » اخرجه الطبرانى فى المعجم الكبير و اخرجه ابن حبان و ابن ماجه عن ابن عباس مرفوعا ، وعند البيهقى بلفظ « وضع الله عن امتى الخطأ - الحديث » ؟ فالجواب ان عبد الله بن احمد سأل اباه عن هذا الحديث فأنكره جدا ؛ و قال محمد بن نصر فى كتاب الاختلاف : هذا الحديث ليس له اسناد يحتج به ؛ و مع قطع النظر عن هذا فاعلم ان المراد بالرفع هنا رفع الاثم لا رفع الفعل و الا لما وقعن مع ان وقوعهن محقق ، و محصله ان المراد برفعها رفعها او رفع حكمها ، و لا يجوز الأول لأنها قد توجد حقيقة فتعين الثانى ، ثم هو على نوعين : اما ان يراد به حكم الدنيا او حكم الآخرة ، و لا يجوز الأول لأن فى القتل الخطأ تجب الدية و الكفارة بالنص و ذلك من احكام الدنيا ، وكذا جماع المكره يوجب الغسل و يفسد عليه حجه و صومه و ذلك من احكام الدنيا فتعين الثانى و هو حكم الآخرة و هو رفع اثم هذه الأشياء ، و به نقول ؛ و ذكر البيهقى فى باب طلاق المكره عن الشافعى فى قوله تعالى « إلا من أكره و قلبه مطمئن بالايمان » قال : الأعظم اذا سقط عن الناس سقط ما هو احقر منه ؛ قلت : الكفر يعتمد على الاعتقاد بدليل انه لو نوى الكفر بقلبه يكفر ، و الا كراه يمنع الحكم بالاعتقاد فى الظاهر ، و الطلاق يعتمد على ارسال اللفظ مع التكليف و هذا موجود فى طلاق المكره ، و لو نوى الطلاق لم يقع (اى ما لم يتلفظ به) فتأمل ؛ فان قال : فما قولكم فى الحديث الذى اخرجه ابو داود عن عائشة مرفوعا وصححه الحاكم « لا طلاق و لا عتاق فى اغلاق » ؟ فالجواب ان الاحتجاج به غير صحيح للاختلاف فى معنى الاغلاق فقيل : الاكراه ، و قيل : الجنون ، و قيل : الغضب ، و قيل : التضييق ؛ و مع قطع النظر عن ذلك فالحديث روى من طريق محمد بن اسحاق عن ثور بن يزيد عن محمد بن عبيد عن صفية ، و اختلف فيه عن ثور فأخرجه ابن ماجه فى السنن من طريق محمد بن اسحاق عنه عن عبيد بن ابى صالح عن صفية ، =

قال محمد : أرأيتم رجلا أكره حتى طلق[1] أو أعتق أما يجوز ذلك[2] ؟

= وفيه علة اخرى وهي ان عبد الله بن سعيد الأموى رواه عن ثور فأسقط من الاسناد محمد بن عبيد - ذكره صاحب المستدرك ؛ و فى الاستذكار : كان الشعبي و النخعي و الزهري و ابن المسيب و ابو قلابة و شريح فى رواية يرون طلاق المكره جائزا ، و به قال ابو حنيفة و اصحابه و الثوري ، كذا ذكرهم ابن المنذر فى الاشراف الا انه ابدل شريحا بقتادة ؛ و احتج الطحاوي بقوله عليه السلام لحذيفة و ابيه حين حلفهما المشركون « نفى لهم بعهدهم و نستعين الله عليهم » ؛ قال : و كما يثبت حكم الوطء فى الاكراه فيحرم به على الواطئ ابنة المرأة و امها فكذا لا يمنع الاكراه وقوع ما حلف عليه ، فتأمل - اه .

(١) قلت : المخالف لا يقول به فكيف يصح الالزام به !! و المالكية و من ذهب الى مذهبهم قالوا : ان طلاق المكره لا يقع لا سيما اذا كان الاكراه بغير حق ؛ كما هو مشهور من مذهب مالك و الشافعي و احمد رحمهم الله تعالى ، لأن الاكراه عندهم لا يجامع الاختيار الذى به يعتبر التصرف الشرعي ، بخلاف الهازل لأنه مختار فى التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه - كما فى فتح القدير . قال الزرقاني فى شرح الموطأ : فمن زوج ابنته هازلا انعقد النكاح و ان لم يقصده ، و يقع طلاق اللاعب اجماعا ، و من اعتق رقيقه لاعبا عتق و ان لم يقصده لأن اللاعب بالقول و ان لم يلتزم حكمه فترتب الأحكام على الأسباب للشارع لا له ، فاذا اتى بالسبب لزمه حكمه شاء او ابى ، و لا يعتبر قصده لأن الهازل قاصد للقول يريد له مع علمه بمعناه و موجبه ، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما الا ان يعارضه قصد آخر ، كالمكره فانه قصد غير المعنى المقول و موجبه فلذا ابطله الشارع - انتهى .

قال فى الفتح مجيبا عنه : قلنا ، وكذلك المكره مختار فى التكلم اختيارا كاملا فى السبب الا انه غير راض بالحكم لأنه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه ، غير انه محمول =

= على اختيـاره ذلك، و لا تأثير لهذا فى نفى الحكم، يدل عليه حديث حذيفة و ابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم « نفى لهم بعهدهم و نستعين الله عليهم » فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تأثير للاكراه فى نفى الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيـار، بخلاف البيع لأن حكمه يتعلق باللفظ و ما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه؛ وحديث « رفع عن امتى الخطأ و النسيان و ما استكرهوا عليه » من باب المقتضى و لا عموم له. و لا يجوز تقدير الحكم الذى يعم احكام الدنيـا و احكام الآخرة بل اما حكم الدنيا و اما حكم الآخرة، و الاجماع عـلى ان حكم الآخرة و هو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه و الاعم - اه. و من هذا التفصيل سقط ما تفوه به ابن حزم فى ج ١٠ ص ٢٠٥ من المحلى مع انه اجتهاد فاسد و تدليس و تخليط فاحش. (٢) اذا اكره الرجل على ان يعتق عبـده فأعتق عبده جـاز؛ و فى البحر: ان المراد الاكراه على التلفظ بالطلاق، فلو اكره على ان يكتب طلاق امرأته فكتب لا تطلق لأن الكتابة اقيمت مقـام العبارة باعتبار الحاجة و لا حاجة هنا - كذا فى الخانية؛ ولو اقر بالطلاق كاذبا او هازلا وقع قضاء لا ديانة - اه؛ وتقدمت الاشارة الى ان المكره رجـل كان او امرأة جاز النكاح عندنا: و ظهر بذلك ايضا ان حقيقة الرضا غير مشروطة فى النكاح لصحته مع الاكراه و الهزل فمعنى قولهم فى النكاح: وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ليتحقق رضاهما - اى ليصدر منهما ما من شأنه ان يدل على الرضا؛ و ذكر السيد ابو السعود ان الرضا شرط من جانبها لا من جانب الرجل، و استدل لذلك بما صرح به القهستانى فى المهر من فساد العقد اذا كان الاكراه من جهتهـا؛ و اقول: فيه نظر فانه ذكر فى النقاية ان فى النكاح الفاسد لا يجب شىء ان لم يطأها، و ان و طيئها وجب مهر المثل؛ فقال القهستانى عنـد قوله فى النكاح الفاسد: اى الباطل كالنكاح للمحارم المؤبدة او الموقتة او باكراه من جهتها - الخ، فقوله « من جهتها » معناه اذا اكرهت الزوج على التزوج بها لا يجب عليه =

كذلك النكاح، أرأيتم لو تزوجها كارهة[1] ثم طلقها ثلاثا لا تحل له بعد ذلك أن يتزوجها و قد طلقها بعد نكاح ينبغى لمن قال إن ذلك ليس بنكاح[2] أن لا يجعل الطلاق طلاقا[3]، و ينبغى لمن لم يجعل نكاح المستكرهة

= شيء لأن الاكراه جاء من جهتها فكان فى حكم الباطل لا باطلا حقيقة، و ليس معناه ان احدا اكرهها على التزوج؛ و نظير هذه المسألة ما قالوه فى كتاب الاكراه من انه لو اكره على طلاق زوجته قبل الدخول بها لزمه نصف المهر و يرجع به على المكره ان كان المكره له اجنبيا، فلو كانت الزوجة هى التى اكرهته على الطلاق لم يجب لها شيء، نص عليه القهستانى هناك ايضا، و اما ما ذكر من ان نكاح المكره صحيح ان كان هو الرجل، و ان كان هو المرأة فهو فاسد فلم ار من ذكره؟ و ان اوهم كلام القهستانى السابق ذلك بل عباراتهم مطلقة فى أن نكاح المكره صحيح كطلاقه و عتقه مما يصح مع الهزل، و لفظ المكره شامل للرجل و المرأة، فمن ادعى التخصيص فعليه اثباته بالنقل الصريح؛ نعم، فرقوا بين الرجل و المرأة فى الاكراه على الزنا فى احدى الروايتين، ثم رأيت فى اكراه الكافى للحاكم الشهيد ما هو صريح فى الجواز فانه قال: و لو اكرهت على ان تزوجته بألف و مهر مثلها عشرة الآف زوجها اولياؤها مكرهين فالنكاح جائز، و يقول القاضى للزوج: ان شئت اتمم لها مهر مثلها و هى امرأتك؛ ان كان كفؤا لها، و الا فرق بينهما و لا شيء لها - الخ' فافهم - قاله ابن عابدين فى ج ٢ ص ٣٧٣ من رد المحتار.

(١) كذا فى الأصول «كارهة» و الاكراه غير الكراهة لكنها لازمة له بل داخلة فى قوامه وحقيقته، بمعنى المكرهة هنا - كما هو ظاهر.

(٢) و عند المخالف لا يثبت بالاكراه شيء و لا يقران على نكاحهما لأن اصله عنده حرام - كما تقدم.

(٣) و المخالف التزم بذلك، اللهم! الا ان يقال: ان هذا الفرع مستثنى منه، تأمل فيستقيم الالزام عليه، فافهم.

نكاحا أن لا يجعل عتاقه عتاقا ، و قد جاءت فى ذلك آثار كثيرة[١] .

---

(١) قال المحقق فى ج ٣ ص ٣٤٤ من فتح القدير : و روى محمد باسناده عن صفوان ابن عمرو الطائى ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته و قالت لتطلقنى ثلاثا و الا ذبحتك ! فناشدهـا الله فأبت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه و سلم فسأله عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم : لا قيلولة فى الطلاق ـ اهـ . قال المحدث الكبير فى ج ٣ ص ٢٢٢ من نصب الراية : رواه العقيلى فى كتابه : اخبرنا مسعدة بن سعد ثنا اسمعيل بن عياش ثنا الغازى بن جبلة الجبلانى عن صفوان بن غزوان الطائى : ان رجلا كان نائما ـ به نحوه ؛ قال : وحدثنا يحيى بن عثمان ثنا نعيم بن حماد ثنا بقية عن الغازى بن جبلة عن صفوان بن الأصم الطائى عن رجل من الصحابة : ان رجلا كان نائما مع امرأته ـ الحديث ؛ قال ابن القطان فى كتابه الأول : و ان كان مرسلا لكنه احسن اسنادا من المسند فانه سالم من بقية و من نعيم بن حماد ، و فيه اسمعيل بن عياش و هو يروى عن شامى ، و بالجملة فلا بد فيه من الغازى بن جبلة و هو لا يعرف الا به و لا يدرى من الجناية فيه أ منه ام من صفوان الأصم ؟ حكى ذلك ابن ابى حاتم عن ابيه و قال : هو منكر الحديث ـ يعنى الغازى بن جبلة ؛ و قال البخارى : هو منكر الحديث فى طلاق المكره ؛ و قال فى التنقيح : قال البخارى لصفوان الأصم عن بعض اصحاب النبى صلى الله عليه و سلم فى طلاق المكره : حديث منكر لا يتابع عليه ـ انتهى . انظر فى فتح القدير صفوان بن عمرو الطائى . و فى الميزان « صفوان بن عمر الطائى » بدون الواو ، و فى ج ٣ ص ١٩١ من اللسان « صفوان بن عاصم الأصم الطائى » و فيها ايضا « صفوان ابن عمران الطائى » بالعين و الراء المهملتين بينهما ميم ساكنة ، و فى نصب الراية « صفوان بن غزوان الطائى » بالغين و الزاى المعجمتين بعدها واو مع الألف و النون ، وهو كذلك فى ج ٤ ص٤١٢ من لسان الميزان فى ترجمة الغازى ، و لم ينبه على ذلك =

= احد ، فهذا الاختلاف فى رجل واحد يورث الجهالة للورثة ضعف الحديث - هذا .
و قد روى عن الغازى بن جبلة اسمعيل بن عياش و بقية - كما عرفته - و يحيي الوحاظى
و محمد بن حمير كما ج ٤ ص ٤١٢ من لسان الميزان (و كذا معه الوليد بن مسلم - كما
هو فى ج ١٠ ص ٢٠٣ من المحلى ، و من طريق سعيد بن منصور : حدثنى الوليد بن
مسلم عن الغازى بن جبلة الجبلانى - الحديث ، فهؤلاء خمسة رووا عن الغازى ، فكيف
يكون الغازى مغموزا - كما زعمه ابن حزم) !! فهولاء اربعة رووا عن الغازى
فارتفعت الجهالة عن الغازى ، كيف و يحيي بن صالح الوحاظى من رجال البخارى
و مسلم - كما فى ج ١١ ص ٢٢٩ من التهذيب ! وحده يكفى على اصل ابن حبان فى
الثقات على ما فى مقدمة لسان الميزان لرفع الجهالة عن الغازى ، ومعه اسمعيل بن عياش
عن الشاميين ، ثقة صدوق ، و معهما بقية و محمد بن حمير الراويان عن الغازى لازدياد
القوة و الاستحكام ، فالحكم بجهالة الغازى ليس فى محله الا بتأويل ركيك ، كما لا يخفى
على الذكى الفهيم ، راجع ديباجة لسان الميزان للحافظ ابن حجر - تدبر .
و فى نصب الراية ج ٣ ص ٢٢٢ : اخرج عبد الرزاق فى مصنفه عن ابن عمر رضى الله
عنهما انه اجاز طلاق المكره ؛ و اخرج عن الشعبي و النخعى و الزهرى و قتادة و ابى
قلابة انهم اجازوه ؛ و اخرج عن سعيد بن جبير انه بلغه قول الحسن : ليس طلاق
المكره بشيء ، فقال : يرحمه الله انما كان اهل الشرك يكرهون الرجل على الكفر
و الطلاق فذلك الذى ليس بشيء ، و اما ما صنع اهل الاسلام بينهم فهو جائز - انتهى ؛
و اخرجه ابن ابى شيبة فى مصنفه عن الشعبي و النخعى و ابن المسيب و ابى قلابة
و شريح - انتهى . و فى ص ٣٤٤ من فتح القدير : و روى ايضا (اى محمد) عن عمر
رضى الله عنه انه قال : اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد : النكاح و الطلاق و العتاق
و الصدقة - انتهى . و راجع هذا الموضع من العناية و الكفاية و البدائع و غيرها
من كتب الفقة . و قال ابن حزم فى المحلى : روينا عن سعيد بن منصور نا فرج بن =

باب الرجل يتزوج المرأة فى عدتها[١]

محمد قال: قال أبو حنيفة رضي الله عنه فى الذى يتزوج المرأة فى عدتها من زوج غيره فيدخل بهـا: إنه يفرق بينهما[٢]، و لها المهر بما استحـل من

= فضالة حدثنى عمرو بن شراحيل المعافرى ان امرأة سلت سيفـا فوضعته على بطن زوجها و قالت: و الله لأنفذنك او لتطلقنى ؛ فطلقها ثلاثا ، فرفـع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمضى طلاقهـا ؛ و عن ابن عمر روينا عنه انه سأله رجل فقال له : انه وطأ فلان على رجـلى حتى اطلق امرأتى فطلقتها ؟ فكره له الرجوع إليها - انتهى . و فى الباب آثار أخر تركناها فعليك بها ؛ وكن على ذلك من الشاكرين ، و الله لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك و له الحمد بيده الخير و هو على كل شىء قدير . و راجع باب طلاق المكره ج ٢ ص ٥٦ من شرح معانى الآثار للطحاوى فانه مفيد جدا .

(١) يحرم نكاح زوجـة الغير و معتدته قبل انقضاء عدتهـا سواء كانت معتدة طلاق او وفاة او فرقة من نكاح فاسد او وطء بشبهة ، و لاعدة فى نكاح باطل . و ذكر فى البحر هناك عن المجتبى ان كل نكاح اختلف العلمـاء فى جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة ، و أما نكاح منكوحة الغير و معتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة ان علم انها للغير لأنه لم يقل احد بجوازه فلم ينعقد اصلا ؛ قال : فعلى هذا يفرق بين فاسده و باطله فى العدة ، و لهذا يجب الحد مع العلم بالحرمة لأنه زنا ؛ كما فى القنية و غيرها - قاله ابن عابدين فى رد المحتار . و فيه كلام من الفقهاء فراجـع رد المحتـار و غيره من كتب الفقه .

(٢) خروجا عن المعصية . قال فى الدر المختار : و يثبت لكل واحد منهما فسخه و لو لغير محضر من صاحبه دخـل بها اولا فى الأصح خروجا من المعصية ، فلا ينافى وجوبه بل يجب على القاضى التفريق بينهما (اى ان لم يتفرقا) ، و تجب العدة بعد الوطء لا الخلوة للطلاق لا للموت من وقت التفريق او متاركة الزوج و ان لم تعلم المرأة بالمتاركة فى الأصح - اه .

فرجها[١]، فاذا انقضت عدتها من الأول تزوجها الآخر إن أراد ذلك و تابعته[٢] المرأة عليه. و قال أهل المدينة مثل قول أبي حنيفة، إلا فى خصلة واحدة، قالوا: لا يجتمعان أبدا بنكاح مستقبل.

قال محمد: وكيف قلتم هذا؟ قالوا: بلغنا[٣] عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: لا يجتمعان أبدا. قيل لهم: و قد قال هذا عمر

(١) فى المنح و لا حد بوطئ اجنبية زفت اليه و قيل: هى عرسك، و عليه مهرها، قضى بذلك عمر رضى الله عنه، و بالعدة لأن الوطأ فى دار الاسلام لا يخلو عن الحد او المهر و قد سقط الحد فتعين المهر وهو مهر المثل، و لهذا قلنا فى كل موضع: سقط فيه الحد مما ذكر يجب فيه المهر لما ذكرنا، الا فى وطئ جارية الابن و قد علقت منه فهو نكاح فاسد يجب فسخه، و فى النكاح الفاسد يجب مهر المثل - كما فى الدر المختار؛ قال: و يجب مهر المثل فى نكاح فاسد وهو الذى فقد شرطا من شرائط الصحة كشهود بالوطئ فى القبل لا بغيره - اه. و مثله: تزوج الأختين معا، و نكاح الأخت فى عدة الأخت، و نكاح المعتدة، و الخامسة فى عدة الرابعة، و الأمة على الحرة - كذا فى رد المحتار. و لا يزاد مهر المثل على المسمى.

(٢) قوله «تابعته» كذا فى الأصل، و فى الهندية «تابعت» اى تابعته بعد انقضاء عدتها تزوجها الآخر ان اراد ذلك و رضيت به المرأة، و ان لم ترض بذلك لا جبر عليها فانها مختارة فى فعل نفسها - تدبر. و فى كتاب الآثار لأبى يوسف «ان شاءت شاءت».

(٣) فى موطأ مالك: عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان بن يسار ان طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما ثم قال عمر بن الخطاب: ايما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها=

رضى الله عنه فيما بلغنا ثم رجع عنه[1] .

= الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب فان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان ابدا؛ قال مالك : وقال سعيد بن المسيب : و لها مهرها بما استحل من فرجها - اه ص ١٩٤ . و قد وقع فى شرح الزرقانى « ابن هشام » مكان « ابن شهاب » و هو غلط . و الامام محمد رواه فى الموطأ : اخبرنا مالك اخبرنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار انهما حدثا ان ابنة طلحة بن عبيد الله كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها ابا سعيد بن منبه او ابا الجلاس بن منبه فضربها عمر وضرب زوجها بالمخفقة ضربات و فرق بينهما و قال عمر : ايما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما واعتدت بقية عدتها من الأول ثم كان خاطبا من الخطاب ، و ان كان قد دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت عدتها من الآخر ثم لم ينكحها ابدا ، قال سعيد بن المسيب : ولها مهرها بما استحل من فرجها - انتهى ص ١٩٤ .

(١) و تفصيل المسألة فى ج ٢ ص ٨٦ من المدونة . قال الامام محمد رحمه الله فى ص ٢٤٧ من الموطأ : بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه رجع عن هذا القول الى قول على بن ابى طالب رضى الله عنه ؛ اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم بن عتيبة عن مجاهد قال : رجع عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى التى تتزوج فى عدتها الى قول على بن ابى طالب ، و ذلك ان عمر قال : اذا دخل بها فرق بينهما و لم يجتمعا ابدا ؛ واخذ صداقها فجعله فى بيت المال فقال على كرم الله وجهه : لها صداقها بما استحل من فرجها فاذا انقضت عدتها من الأول تزوجها الآخر ان شاء ، فرجع عمر الى قول على بن ابى طالب رضى الله عنهما ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، و هو قول ابى حنيفة و العامة من فقهائنا - انتهى .

محمد قال : أخبرنا الحسن بن عمارة[١] عن الحكم بن عتيبة[٢] عن

(١) ابن المضرب ، البجلى الكوفى ، ابو محمد ، من رجال الترمذى و ابن ماجه ، كان على قضاء بغداد فى خلافة المنصور ، روى عن يزيد بن ابى مريم وحبيب ابن ابى ثابت و شبيب بن غرقدة و الحكم بن عتيبة و ابن ابى مليكة و الزهرى و ابى اسحاق السبيعى و فراس بن يحيى الهمدانى و المنهال ابن عمرو و محمد بن عبد الرحمن مولى آل طلحة وعمرو بن مرة و الأعمش و غيرهم ، و عنه السفيانان و عبد الحميد بن عبد الرحمن الحمانى و عيسى بن يونس و ابو بحر البكراوى و ابو معاوية و عبد الرزاق و خلاد بن يحيى و محمد بن اسحاق بن يسار و هو اكبر منه و جماعة ؛ قال ابن عيينة : كان له فضل و غيره أحفظ ، و قال عيسى بن يونس : الحسن بن عمارة شيخ صالح ، وجرحه كثير من الأئمة و المحدثين - كما ذكره الحافظ فى تهذيب التهذيب ؛ مات سنة ١٥٢ ؛ و قال النضر بن شميل : قال الحسن بن عمارة : الناس كلهم منى فى حل ما خلا شعبة ؛ و قال جرير بن عبد الحميد : ما ظننت انى اعيش الى دهر يحدث فيه عن محمد بن اسحاق و يسكت فيه عن الحسن بن عمارة - انتهى .

(٢) هو ابن عتيبة بالعين المهملة المضمومة ثم المثناة ثم المثناة التحتية الساكنة ثم الموحدة مصغرا ، من رجال الستة - كما فى التهذيب ؛ الكندى مولاهم ، ابو محمد ، و يقال : ابو عبد الله ، و يقال : ابو عمر ، الكوفى ؛ و ليس هو الحكم بن عتيبة بن النهاس ؛ روى عن ابى حجيفة و زيد بن ارقم - و قيل : لم يسمع منه - و عبد الله بن ابى اوفى هؤلاء صحابة و شريح القاضى و قيس بن ابى حازم و موسى بن طلحة و يزيد بن شريك التيمى و عائشة بنت سعد و عبد الله بن شداد بن الهاد (ذكره ابن عبد البر فى الاستيعاب و قيل صحابى صغير - كما فى فتح البارى) و سعيد بن جبير و مجاهد وعطاء و طاوس و غيرهم من التابعين - كما فى ج ٢ ص ٤٣٣ من التهذيب ؛ و عنه الأعمش و منصور و محمد بن جحادة و ابو اسحاق السبيعى و ابو اسحاق الشيبانى وقتادة و غيرهم من التابعين =

مجاهد[١] أنه قال: قد رجع عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى التى تنكح فى عدتها و المفقود زوجها و فى امرأة أبى كنف[٢] إلى قول على رضى الله عنه[٣]؛

محمد قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعى عن

= و الأوزاعى و مسعر و شعبة و ابو عوانة و ابان بن صالح و حجاج بن دينار و سفيان بن الحسين و عدة، ما بين لابتيها افقه من الحكم و هو فى مسجد الخيف، و علماء الناس عيال عليه، كان صاحب عبادة و فضل، و ما كان بالكوفة بعد ابراهيم و الشعبي مثل الحكم، ثقة و اثبت الناس فى ابراهيم، و كان من فقهاء اصحابه؛ و قال ابن سعد: كان ثقة فقيها عالما رفيعا كثير الحديث، و كان فيه تشيع الا ان ذلك لم يظهر منه؛ قال ابن حبان: كان يدلس، و كان سنه سن ابراهيم؛ و ذكر ابن منجويه انه ولد سنة ٥٠ و قيل انه مات سنة ١١٣؛ و قال الواقدى: سنة ١٤ و قيل سنة ١٥؛ و كذا ذكر مولده ابن حبان، و ارخه ابن قانع سنة ١٥ - كذا فى التهذيب.

(١) مر مرارا فى ابواب متفرقة.

(٢) فى المغرب ج ٢ ص ١٦٢: الكنف بفتحتين الناحية، و به كنى ابو كنف الذى طلق امرأته و غاب - اه.

(٣) فى كتاب الآثار للامام ابى يوسف رحمه الله تعالى ص ١٣٢ رقم ٦٠٩ قال: ثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن على بن ابى طالب رضى الله عنه انه قال فى المرأة تتزوج فى عدتها فيدخل بها زوجها: انه يفرق بينها و بين زوجها الآخر و تعتد بقية عدتها من الأول و عدة مستقبلة من الآخر، و يتزوجها الآخر بعد ما تنقضى عدتها من الأول ان شاء و شاءت - اه. و اخرجه الامام محمد ايضا فى الآثار عنه ثم قال: و بهذا كله نأخذ الا انا نقول: تستكمل عدتها من الأول و تحتسب بما مضى من ذلك من عدة الآخر الى استكمالها عدة الأول، و تعتد ما بقى من عدة الآخر؛ اخبرنا سعيد بن ابى عروبة عن ابى معشر عن ابراهيم النخعى قال: اذا =

= دخلت عدة فى عدة كانت عدة واحدة ، و هو قول ابى حنيفة ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، و هو تفسير قولنا فى الحديث ؛ (قال الفاضل ابو الوفاء فى تعليقه : قلت : و اخرجه البيهقى من طريق عطاء بن السائب عن ابى عمر زاذان و عطاء و الشعبى عن على رضى الله عنه - اه .) قال : حدثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عمر رضى الله عنه مثل قول على رضى الله عنه كله غير انه قال : لا يتزوجها الآخر ابدا - انتهى . قال الفاضل فى تعليقه : و اخرج البيهقى من طريق اشعث بن سوار عن الشعبى عن مسروق ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه رجع عن قوله فى الصداق وجعله لها بما استحل من فرجها وجعلهما يجتمعان ؛ و اخرج قضية عمر من طريق سعيد وسليمان بن يسار ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها البتة فنكحت فى عدتها فضربها عمر و ضرب زوجها بالمخفقة ضربات و فرق بينهما ثم قال عمر : ايما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوج بها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول و كان خاطبا من الخطاب ، فان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لم ينكحها ابدا ، و اخرجه من طريق الشعبى ايضا قال : اتى عمر بن الخطاب بامرأة تزوجت فى عدتها فأخذ مهرها فجعل فى بيت المال و فرق بينهما و قال : لا يجتمعان و عاقبهما ، قال فقال على : ليس هكذا و لكن هذه الجهالة من الناس و لكن يفرق بينهما ثم تستكمل بقية العدة من الأول ثم تستقبل عدة اخرى ، وجعل لها علىّ المهر بما استحل من فرجها ؛ قال : فحمد الله عمر رضى الله عنه و اثنى عليه ثم قال : يا ايها الناس ! ردوا الجهالات الى السنة ؛ و اخرجه الامام محمد فى الموطأ ثم قال : بلغنا ان عمر رجع عن هذا الى قول على ، ثم ذكر بسنده عن مجاهد رجوعه لى قول على - انتهى . قلت : و اخرجه محمد فى كتاب الحجة ايضا كما تراه - هذا ، و الله اعلم .

على رضى الله عنه[١] أنه قال فى المرأة تتزوج فى عدتها : يفرق بينها و بين زوجها الآخر : و لها الصداق منه بما استحل من فرجها ، و تستكمل[٢] ما بقى من عدتها من الأول و تعتد من الآخر عدة مستقبلة[٣] ثم يتزوجها الآخر إن شاء .

فقال محمد : قلت لهم : ما تقولون فى رجل زنى بامرأة أيحل له أن يتزوجها ؟ قالوا : نعم[٤] . قيل لهم : فمن أين افترق هذا و الذى يتزوج فى عدتها

(١) هذا الخبر بسنده موجود فى كتاب الآثار ص ٧٢ للامام محمد رحمه الله تعالى و فى كتاب الآثار الامام ابى يوسف - كما سبق .

(٢) فى الأصول « تستعمل » تصحيف ، و صححته من كتاب الآثار من الاستكمال ، و لايناسب المقام الاستعمال - كما لا يخفى .

(٣) كذا فى الأصول ، من الاستقبال ، و فى كتاب الآثار « مستقلة » من الاستقلال و هو الأرجح الأصح عندى مما فى الأصول ، كما لا يخفى على اهل النقول ؛ و على كلا التقديرين لا يوافق مذهبنا ، و لذا قال الامام محمد فى كتاب الآثار بعد اخراجه : و بهذا كله نأخذ الا انا نقول : تستكمل عدتها من الأول و تحتسب بما مضى من ذلك من عدة الآخر الى استكمالها عدة الأول ، و تعتد ما بقى من عدة الآخر - انتهى . فالمذهب عندنا تداخل العدتين . قال فى الهندية ج ١ ص ٤٧٥ من باب العدة : العدتان تنقضيان بمدة واحدة عندنا كانتا من جنس واحد او من جنسين . صورة الأولى المطلقة اذا حاضت حيضة ثم تزوجت بزوج آخر و وطئها الثانى و فرق بينهما و حاضت حيضتين بعد التفريق كان لهذا الزوج الثانى ان يتزوجها لانقضاء عدة الأول ، و ليس لغيره ان يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض من وقت التفريق لقيام عدة الثانى فى حق الغير - كذا فى فتاوى قاضى خان .

(٤) فى الدر المختار : لو نكحها الزانى حل له وطؤها اتفاقا . و الولد له و تلزمه النفقة - اه ؛ ان جاءت بعد النكاح به لستة اشهر - مختارات النوازل ؛ فلولا قل من =

لأن حرمة تلك على من يتزوجها هذه أحرى أن تحرم على من وطأها ؟! أرأيتم لو تزوجت فى عدتها فلم يدخل بها الذى تزوجها حتى انقضت عدتها فتزوجها تزويجا صحيحا أليس يجوز نكاحه، قالوا : بلى قيل لهم : فانما حرم نكاح المدخول بها بالجماع الحرام الذى جومعت به ؟ قالوا : أجل . قيل لهم : فنكاح الثانى أحرم من هذا و أحرى أن يحرم نكاح الذى زنى بها . قالوا : إن هذا الجماع يثبت به النسب . قيل لهم : فالجماع الذى يثبت به النسب أقرب إلى النكاح الصحيح من الجماع الذى لا يثبت به النسب، فلما قرب [إلى] [1] الجماع الحلال كان أحرى أن لا تحرم به المرأة على زوجها، كان ينبغى لمن قال «التى تتزوج فى عدتها فيدخل بها زوجها إنها لا تحل له أبدا» أن يقول فى التى يزنى بها الرجل : إنها لا تحل له أبدا !! .

أرأيتم رجلا تزوج امرأة و هو محرم فدخل بها ألستم تقولون أن النكاح فاسد و الذى صنع حرام عليه ؟ قالوا : بلى . قيل لهم : أله أن يتزوجها إذا انقضى إحرامه نكاحا جديدا ؟ قالوا : نعم ؛ لا يحل له نكاحها حتى تنقضى عدتها منه و حتى يستبرئها من الفاسد ؛ ثم قالوا بعد ذلك : لا بأس أن يتزوجها حتى تنقضى عدتها منه لأن نسب ما فى بطنها يثبت منه . قيل لهم : فمن أين افترق جماع هذه و قد تزوجت تزويجا حراما و المرأة التى نكحت فى عدتها ؟ قالوا : جاء عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى الأول أثر فأخذنا به . قيل لهم : فهل جاء فى هذا أثر أنه لا بأس بنكاحها مرة أخرى ؟ قالوا :

= ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب و لا يرث منه الا ان يقول هذا الولد منى و لا يقول من الزنا - خانية . و راجع ج ٢ ص ٨٤ من المدونة الكبرى فان فيها تفصيلا ما .

(١) ما بين المربعين لم يذكر فى الأصول و لا بد منها - كما لا يخفى .

لا . قيل لهم: فينبغى أن تقيسوا على الأثر ما أشبهه .

أرأيتم رجلا تزوج امرأة بغير شهود فدخل بها أليس نكاحه فاسدا؟ قالوا: بلى . قيل لهم: أفيحل له أن يتزوجها تزويجا مستقبلا ؟ قالوا: نعم . قيل لهم: هذا ترك لقولكم كله! ينبغى أن يجرى هذا مجرى واحدا ، و إنما أخذتم من قول عمر رضى الله عنه المتروك[1] الذى لا يُعبأ به ، و قد بلغنا[2] فى الحديث عن عمر رضى الله عنه فى التى تزوجت فى عدتها أنه لم يجعل لها مهرا فأخذ مهرها فجعله فى بيت المال فلم تأخذوا بذلك من قول عمر رضى الله عنه وجعلتم المهر لها ؛ و أخذتم ببعض الحديث و تركتم بعضه ! و لم تقيسوا عليه ما أشبهه كأنكم لستم على يقين منه[3] .

باب فى الذى يتزوج الأمة و تخبره أنها حرة[4]

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الذى ينكح الأمة و تخبره أنها حرة فيصدقها الصداق العظيم الذى لا يصدقه مثلها من الاماء ثم يعلم

---

(١) اى الذى رجع عنه الى قول علي رضى الله عنهما - كما سبق مفصلا ، و ثبت فى محله ان الافتاء و العمل بالقول المرجوع عنه باطل ، فكيف اخذتم بقول عمر رضى الله عنه المرجوع عنه و تركتم قوله اليه ؟! و ان الحكم و الفتيا بالقول المرجوع جهل و خرق للاجماع .

(٢) قد مضى تخريجه مسندا .

(٣) و ما ألزم به الامام محمد رحمه الله من المسائل الفرعية اهل المدينة كلها موجودة فى المدونة الكبرى ، فراجعها .

(٤) قال فى ج ٥ ص ١١٦ من المبسوط: قال: و اذا اراد الرجل ان يتزوج امرأة فأخبره الرجل انها حرة و لم يزوجها اياه و لكن الرجل تزوجها على انها حرة فاذا هى امة وقد ولدت له ضمن الزوج قيمة الولد لأنه مغرور و ولد المغرور حر بالقيمة ، =

أنها أمة فيفرق بينهما : إن[1] لمولاها مهر مثلها و ذلك[2] ما يتزوج عليه مثلها من الصداق ، و يأخذ الزوج ولده بالقيمة قيمتهم[3] يوم يختصمون ، و يرجع الزوج بذلك عليها إذا أعتقت[4] بما غرته . و قال أهل المدينة فى الذى ينكح

= به قضى عمر و على رضى الله عنهما ، و هذا لأنه لم يرض برق مائه و لكن كما يعتبر حقه يعتبر حق المستحق فيكون الولد حرا نظرا من الجانبين ، و لا يرجع الزوج على المخبر بشيء لأنه ما التزم له شيئا و إنما أخبره بخبر كان كاذبا فيه و ذلك لا يثبت حق الرجوع عليه ، كما لو اخبره ان الطريق آمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه و لكنه يرجع بقيمة الولد على الأمة اذا اعتقت لأنها غرته حين زوجته نفسها على انها حرة ، و ضمان الغرر كضمان الكفالة فانها ضمنت له سلامة الولد بما ذكرته من الحرية فى العقد ، و ضمان الكفالة يجب على الأمة بعد العتق ؛ و يضمن الزوج العقر للولى ، و لا يرجع به على احد لأنه عوض ما استوفى منها و المستوفى كان مملوكا للولى و هو الذى نال اللذة باستيفائه - اه .

(١) كذا فى الهندية ، و لفظ « إن » ساقط من الأصل .

(٢) اى مهر مثلها .

(٣) كذا فى الأصول بالاضافة الى ضمير الجمع ، و لعله مصحف ، اللهم ! الا ان يقال ان قوله « ولده » بمعنى الجمع ، و الا الأرجح « قيمته » بالافراد - تأمل فيه . قال فى المبسوط : و على الأب قيمة الولد يوم يختصمون لأن الولد فى يده بصفة الأمانة ما لم يخاصم فانه لا يكون اعلى حالا من ولد المغصوبة و ولد المغصوبة امانة ما لم يطالب بالرد ، فكذلك ولد المغرور ، حتى اذا مات قبل الخصومة فلا ضمان على الأب فيه و لكنه انما يصير مانعا للولد بعد الطلب و ذلك عند الخصومة فلهذا تعتبر قيمته وقت الخصومة .

(٤) قد علمت ان ضمان الغرر كضمان الكفالة و هو يجب على الأمة بعد العتق ، فكذا ضمان الغرر يجب عليها بعد العتق .

الأمة فتخبره أنها حرة فيصدقها الصداق العظيم الذي[1] لا يصدق مثلها من الاماء ثم يعلم أنها أمة فيفرق بينهما: إن لها ما استحلها به من الصداق، و يأخذ ولده بالقيمة يوم ينزع منه[2] و يعلم بأمرها.

قال محمد. وكيف يكون لها جميع ما استحل به و إنما أعطاها الصداق على تمام النكاح و جوازه؟! فاذا لم يجز ذلك[3] فانما وطؤها على غير نكاح جائز فلها مهر مثلها، لأن الرجل قد يرغب في نكاح المرأة فيزيدها في الصداق لتمام النكاح، فاذا لم يتم ذلك له[4] و كان الصداق إنما يجب لمجامعته[5] إياها فان كانت أمة كان لمولاها صداق مثلها، و لم تأخذ[7] جميع ما أصدقت لأنها إنما أصدقت ذلك على تمام النكاح [و لم يتم][8].

---

(١) في الأصول «التي» و الصواب «الذي» بالتذكير - كما لا يخفى.

(٢) اى غير يوم الخصومة. و تفصيل المسائل المتعلقة بهذا الباب في ج ٢ ص ١٦٥ الى ص ١٦٦ من المدونة الكبرى، فراجعها.

(٣) اى النكاح.

(٤) الظاهر ان في العبارة سقطا، فان الشرط مذكور و جزاؤه ليس بموجود، فلعله سقط من قلم الناسخ - تدبر.

(٥) كذا في الأصل، و في الهندية «لمجامعة» بدون الضمير تصحيف.

(٦) فانها و مالها من الأشياء ملك لمولاها، فكان مهرها ايضا لمولاها.

(٧) كذا في الأصول، و الظاهر ان الضمير راجع الى المولى فكونه بالغيبة ارجح بل اصوب، اى «و لم يأخذ» و ان رجع الى الأمة فلا بد من التغيير ايضا من الماضي الى المستقبل، اى: «و لم تأخذ»؛ و الأظهر هو الأول.

(٨) لم يذكر ما بين المربعين في الأصول، و زدته لأنه لا يتم المعنى الا به - كما لا يخفى.

باب الرجل يشترى جارية فيطأها ثم يعلم أنها حرة

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل اشترى جارية فأصابها ثم جاء العلم بأنها حرة: إن على الذى وطأها مهر مثلها بمسيسه[١] إياها إن علم بحريتها حين[٢] وطأها أو لم يعلم. وقال أهل المدينة: إن علم بحريتها حين وطأها كان لها عليه مهر مثلها، وإن لم يعلم فليس عليه شيء، وعليها إن وطأها أنها حرة أن[٣] تعتد عدة المطلقة.

قال محمد: أما قولكم «أن تعتد عـــدة المطلقة» فهو كما قلتم، أرأيتم إبطالكم مهرها إن لم يعلم أنها حرة لأى شيء كان ذلك؟ وكيف رأيتم أن توطأ حرة بنت حرة من عربية أو مولاة ثم لا يكون على الذى وطأها مهر[٤]؟ قالوا: لأنها اشتريت فى سوق المسلمين علانيـة فليس على من وطأها بعد شرائه إياها مهر، ولو جعلنا فى هذا مهرا لذهبت أموال الناس. قيـل لهم: فالذى[٥] تركتم أقبح[٦] من الذى فررتم منه[٧]، لأن الذى وطأها

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «يسميه» من التسمية و هو مصحف من المسيس، و هو الاصابة و اللمس، و المس المعبر عنه بالوطئ.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «حتى» و هو مصحف عن لفظ «حين» الظرفية و هو بعد سطر «حين» على الصحة.

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «انها».

(٤) و الحال ان الوطأ فى دار الاسلام لا يخلو عن مهر او حدّ - كما سبق.

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية «و الذى».

(٦) هكذا فى الأصول، و لعل الأمر انعكس على الناسخ لأن القول الذى ترك لما كان اقبح من الذى اختير فما الالزام على القائل به! فان فعله هذا يعد حسنا عند العلماء - كما لا يخفى على الفضلاء، فلعل اصل العبارة هكذا «و الذى فررتم منه كان =

قد أصاب فرجا لا بد فيه من مهر؛ أرأيتم لو كانت بكرا[١] فافتضها ثم علم أنها حرة أما كان عليه لاذهابه[٢] عذرتها شيء؟ قالوا: لا . قيل لهم: أرأيتم إن قطع يدها أو فقأ عينها أو أحدث فيها حدثا [أو][٣] نحو ذلك ثم علم أنها كانت حرة الأصل بالبينة العدول سرقت من والدها و هى حرة صغيرة أيبطل ما صنع بها؟! أرأيتم إن جامعها فاتعبها جماعه[٤] فكسر سنا منها ثم علم أنها حرة الأصل أيبطل ذلك منه؟ قالوا: نعم، ذلك كله باطل، و لو كان هذا يلزمه لذهبت أموال الناس . قيل لهم: فقد أحللتم جميع ما حرم الله من هذه الحرة لأنها سرقت و غصبت نفسها . قالوا: أنتم تقولون أعظم من هذا! قيل لهم: و ما هو؟ قالوا: أرأيتم لو أن مولاها قذفها غير مرة و لا سر[٥] ثم علم أنها حرة الأصل أيُحدّ لها؟ قيل لهم: إن كان قذفها بعد ما وطأها لم يُحدّ لأنها قد وطئت بشبهة فيدرأ عن قاذفها الحد، و إن كان

= اقبح من الذى تركتم » تدبر . (٧) قوله « قررتم منه » كذا فى الأصول بالقاف من القرار او التقرير، و الذوق يقتضى ان يكون بالفاء من الفرار بمعنى العدو و الذهاب السريع، و يكون مكان « منه » « اليه » يعنى: و الذى فررتم اليه اقبح من الذى تركتم؛ او لعله لم افهم العبارة و لا معناها - و الله اعلم .

(١) كذا فى الأصول، و تأمل فيه .

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية « لازالة » و هو الصحيح عندى .

(٣) كلمة « أو » سقطت من الأصول و لا بد منها ، و لذا زدتها على اقتضاء السياق و العبارة بين المربعين .

(٤) و كان فى الأصول « جماعة » تصحيف، و الصواب « جماعه » بالاضافة الى الضمير .

(٥) كذا فى الأصول غير منقوط، و لم افهم معناه . قلت: و لعله « سرقت » سقط « قت » و شيء سواه ايضا، و الله اعلم - ف .

لم يطأها حتى علم أنها حرة و خرجت من يده و قد كان قذفها قبل ذلك حد قاذفها، و لم تبطل حرمتها بأنها سرقت صغيرة و اغتصبت نفسها، هل رأيتم باطلا أبطل حقا قط؟ إنما كان الشراء باطلا فليس يبطل الشراء حقا من حقوقها؛ أرأيتم رجلا فقأ عينها أو قطع يدها ثم علم أنها حرة بعد ذلك قبل أن يأخذ السيد شيئا مما تجب على القاطع دية[1] حرة فى يدها و عينها أم دية أمة؟ فان قلتم «دية حرة» فقد رجعتم عن قولكم، و إن قلتم «دية أمة» فينبغى أن يكون ذلك للولى دونها.

أرأيتم لو أن المولى أخذ ذلك من القاطع و الفاقئ ثم علم أنها حرة الأصل بعد ذلك ببينة قامت أيسلم للولى ما أخذ أم يكون على القاطع فى جناية الحرة؟ فان قلتم «يسلم ذلك للولى» فهذا من العجائب[2]! فان[3] قلتم «لا يسلم ذلك للولى» فقد تركتم قولكم.

أرأيتم لو اجتمع المولى و رجل أجنبى فقطعا جميعا يدها [أو فقآ جميعا عينها][4] فكيف يكون حال دية يدها [و عينها][4] عليها؟ أرأيتم المولى لو زوجها رجلا فأخذ صداقها ثم علم أنها حرة الأصل ببينة قامت على ذلك عدول كيف يكون حال الصداق؟ و لمن يكون؟ فان زعمتم أن ذلك للولى فهذا عظيم من القول! ينبغى إن كان ذلك للولى أن يكون دية يدها و عينها و رجلها و نفسها للولى!! و إن قلتم ذلك لها فينبغى أن يكون ذلك على [المولى][4] إن فعل مثل ذلك ما يكون على الرجل الأجنبى لأنه فعل

(١) كذا فى الهندية، و سقط لفظ «دية» من الأصل - ف.

(٢) فان البينة العادلة قامت على كونها حرة الأصل فأين لها المولى الذى يأخذ من القاطع و الفاقئ؟ كيف يسلم له ما أخذ! .

(٣) كذا فى الأصول بالفاء «فان» و السياق يقتضى ان يكون «و ان» بالواو تأمل.

(٤) هذه العبارة سقطت من الأصول بسهو الناسخ.

ذلك

ذلك بحرة ! و إن قلتم لم تكن حرة في الحكم فى تلك الحال أيضا فى الرجل الأجنبى فتكون الحال على ذلك واحدة ! و كما لا يكون على المولى شيء فيما صنع فكذلك ينبغى فى قولكم أن يكون ما صنع غيره للولى، و لا يكون لها منه شيء و هى حرة الأصل بين عربية و عربى لم تملك قط و لا أحد من آبائها .

باب النكاح فى الهزل و اللعب و الجد[1]

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى نكاح اللعب و الهزل : إنه جائز كما يجوز نكاح الجد . و قال أهل المدينة فى نكاح اللعب و الهزل : لا يجوز منه إلا ما كان على وجه الجد[2] .

و قال محمد : هذا لعمرى قياس قولهم فى المستكرهة على النكاح ! كما أبطلوا ذلك فكذلك ينبغى أن يبطلوا نكاح الهزل و أن يبطلوا إعتاق الهزل

(١) توضيح الباب قد سبق مفصلا فى طلاق المكره و المستكرهة . و فى ج ٢ ص ١٦١ من المدونة الكبرى جد النكاح و هزله : قلت : أرأيت ان خطب رجل امراة و وليها حاضر فقال « زوجنيها بمائة دينار » فقال الولى « قد فعلت » و قد كانت فوضت الى الولى فى ذلك الرجل الخاطب و هى بكر و المخطوب اليه والدها فقال الخاطب « لا ارضى بعد قول الأب او الولى : قد زوجتك » ؟ قال ارى ذلك يلزمه ، و لا يشبه هذا البيع لأن سعيد بن المسيب قال : ثلاث ليس فيهن لعب هزلهن جد : النكاح و الطلاق و العتاق ؛ فأرى ذلك يلزمه - انتهى .

(٢) فى شرح الموطأ للزرقانى ج ٣ ص ٣٤ فى شرح قول ابن المسيب « ثلاث ليس فيهن لعب » : اى لا ينفع قصده فى عدم اللزوم ، النكاح فمن زوج ابنته هازلا انعقد النكاح و ان لم يقصد ، و الطلاق فيقع طلاق اللاعب اجماعا - اه . فعلم من هذا ان نكاح اللاعب منعقد عندهم ، و كذا طلاقه واقع كما هو ظاهر - تدبر .

و أن يبطلوا طلاق الهزل لئن جاز أن يبطل نكاح الهزل ليجوزن أن يبطل طلاق الهزل و ما هو إلا جمع بينهما[١]؛ و الطلاق فرقة بينهما فان جاز هذا فى أحدهما ليجوزن فى الآخر، و لئن بطل فى أحدهما ليبطلن فى الآخر، و قد جاءت فى ذلك آثار كثيرة على وجه واحد؛ فروى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: «ثلاث هزلهن جدّ و جدهن جدّ: النكاح و الطلاق و العتاق»[٢].

محمد قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد[٣] عن إبراهيم[٤] عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه[٥] أنه قال: إن لعب النكاح و جده سواء كما إن لعب الطلاق و جده سواء[٦].

---

(١) يعنى ان النكاح وصلة و وسيلة الى الجمع بين الزوجين، و الطلاق ضده فهو يفضى الى الفرقة بينهما.

(٢) قد سبق تخريجه فى باب طلاق المكره.

(٣) مضى فى ابواب كثيرة.

(٤) قد مر فى ما سبق مرارا؛ و الحديث مرسل و لا يضرنا فما رواه عن ابن مسعود رضى الله عنه متصل صحيح كما صرحوا به، و قد اخرجه الامام محمد رحمه الله بهذا الاسناد فى باب من طلق لاعبا من كتاب الآثار: اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال: لعب النكاح وجده سواء كما ان لعب الطلاق وجده سواء، قال محمد: و به نأخذ، و هو قول ابى حنيفة، اربع جدهن جد و هزلهن جد: الطلاق و النكاح و الرجعة و العتاق - انتهى.

(٥) مر مرارا فى ابواب متفرقة و قوله «ان لعب النكاح - الخ» كلمة «ان» ليست فى رواية كتاب الآثار - كما عرفت.

(٦) و اصل هذا حديث مرفوع، كما سيأتى عن ابى هريرة، و قد سبق مفصلا.

محمد قال أخبرنا سالم الخياط[١] قال قال الحسن البصرى[٢] قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم[٣]: من طلق لاعبا أو نكح لاعبا أو أعتق لاعبا فقد جاز ذلك عليه.

محمد قال أخبرنا إسمعيل بن عياش[٤] قال أخبرنا عطاء بن أبى رباح[٤] عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال: من طلق أو نكح أو أعتق و هو لاعب جاز ذلك عليه.

---

(١) هو سالم بن عبد الله الخياط، من رجال الترمذى و ابن ماجه، عن الحسن و محمد؛ قال يحيى: ليس بشىء، و قال النسائى: ليس بثقة، و قال الدارقطنى لين الحديث، وقال ابن حبان: لا يحتج به؛ و اما ابن عدى فساق له تسعة احاديث جيدة المتون و قال: لم ار بعامة ما يرويه بأسا، و قد حدث عنه ابن عيينة - قاله الذهبى فى ج ١ ص ٢٦٨ من ميزان الاعتدال؛ هو البصرى، نزل مكة - كما فى تهذيب التهذيب ج ٣ ص ٤٣٩؛ روى عن ابن ابى مليكة وعطاء و الحسن و ابن سيرين و غيرهم، و عنه الوليد بن مسلم و زهير بن محمد التميمى و الثورى و ابو عاصم و عبيد الله بن موسى و غيرهم؛ قال سفيان: كان مرضيا؛ و عن احمد: ما ارى به بأسا، و فى رواية عنه: ثقة؛ و ذكره ابن حبان فى الثقات - اه. فهو مختلف فيه اقوال الجارحين فى التهذيب.

(٢) و الحسن البصرى مضى فى الأبواب السابقة.

(٣) قال الزرقانى: ففى الاستذكار روى ابو بكر بن ابى شيبة: ثنا عيسى بن يونس عن عمرو عن الحسن عن ابى الدرداء قال: كان الرجل فى الجاهلية يطلق ثم يرجع يقول: كنت لاعبا، فأنزل الله «و لا تتخذوا آيات الله هزوا» فقال صلى الله عليه وسلم: من طلق او اعتق او انكح او أنكح و قال: انى كنت لاعبا، فهو جائز عليه - اه. قال ابو زرعة - كما فى التهذيب: الحسن عن ابى الدرداء مرسل.

(٤) مضى فى ما سبق من الأبواب.

محمد قال أخبرنا إبراهيم بن محمد المدنى[1] قال حدثنى محمد[2] بن حبيب[3]

(١) هو ابن ابى يحيى الأسلمى مولاهم، ابو اسحاق المدنى، من رجال ابن ماجه، و اطال فى ترجمته الحافظ فى التهذيب؛ قال الشافعى: كان ثقة فى الحديث؛ و قد مر من قبل فتذكره، و تكلم الناس فيه، راجع إلى التهذيب.

(٢) قلت: «محمد» هذا غلط، و الصواب «عبد الرحمن» كما ستعرف، و ليس فى الميزان و لا فى التهذيب «محمد بن حبيب» الذى روى عن عطاء غير رجلين او ثلاثة لم يرووا حديث ابى هريرة عن عطاء عن ابن ماهك، فهذا من كرامات الناسخين و الناقلين.

(٣) قوله «محمد بن حبيب» كذا فى الأصول و ليس بصواب، بل هو «عبد الرحمن ابن حبيب» و هو مدار الحديث - كما فى ج ١ ص ١٤٢ من جامع الترمذى و ص ٢٩٥ من سنن ابى داود و ص ١٤٨ من سنن ابن ماجه و ج ٢ ص ٥٨ من آثار الطحاوى و ج ٢ ص ١٩٧ من مستدرك الحاكم و ج ٢ ص ٣١٨ من التلخيص الحبير و ص ١٢١ من عقود الجواهر المنيفة، و هو عبد الرحمن بن حبيب بن اردك، و يقال: حبيب بن عبد الرحمن بن اردك، المدنى، مولى بنى مخزوم، يقال: هو اخو علـى بن الحسين لأمه، روى عن على بن الحسين و عطاء بن ابى رباح و عبد الوهاب بن بخت وعبد الواحد بن عبد الله البصرى، و عنه سليمان بن بلال و عبد الله بن جعفر بن نجيح و عبد العزيز بن محمد الدراوردى و ابو المقدام هشام بن زياد و اسامة بن زيد الليثى و اسمعيل بن جعفر و حاتم بن اسمعيل؛ قال النسائى: منكر الحديث؛ ذكره ابن حبان فى الثقات؛ له عندهم حديث «ثلاث جدهن جد»؛ قلت: و قال الحاكم: من ثقات المدنيين - قاله الحافظ فى ج ٦ ص ١٥٦ من التهذيب. و فى الميزان ج ٢ ص ١٠١: صدوق و له ما ينكر، وخرج له الترمذى عن عطاء عن ابن ماهك عن ابى هريرة مرفوعا «ثلاث هزلهن جد» و قال: حسن غريب - اه.

عن

عن عطاء بن أبي رباح[١] عن يوسف بن ماهك[٢] عن أبي هريرة[٣] رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «ثلاث جدهن جدّ و هزلهن جد: الطلاق و النكاح و الرجعة».

باب الرجل وكل الرجل[٤] أن يزوجه امرأة و سماها له بمهر مسمى معلوم

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل بعث رجلا و أمره أن يزوجه امرأة و سماها بصداق مائة دينار و لم ترض المرأة بالمائة فزادها الرسول من عنده نظرا لصاحبه فلم يجز الزيادة وكرهها قال: لا يكون ذلك

(١) مضى فى ما سبق من الأبواب.

(٢) قد مضت ترجمة، يوسف بن ماهك بن مهران الفارسى المكى، مولى قريش، من رجال الستة، و وثقه غير واحد، مات سنة ثلاث و مائة على ما فى التهذيب.

(٣) صحابى مشهور بكنيته مكثر، قد سبق فيما مضى. والحديث اخرجه ابوداود والترمذى و ابن ماجه و الطحاوى و الحاكم فى المستدرك و الدارقطنى و احمد فى مسنده. و فيه رد على ابن الجوزى حيث قال: هو عطاء بن عجلان و هو متروك؛ و قد رواه الامام ابو حنيفة عن عطاء بن ابى رباح - كما فى جامع المسانيد وعقود الجواهر. و فى الباب عن ابى ذر مرفوعا اخرجه عبد الرزاق و هو منقطع. و اخرجه موقوفا عن على وعمر نحوه؛ و رواه الطبرانى من حديث فضالة بن عبيد، و رواه الحارث بن ابى اسامة فى مسنده عن بشر بن عمر عن ابن لهيعة عن عبيد الله بن ابى جعفر عن عبادة بن الصامت رفعه «لا يجوز اللعب فى ثلاث: الطلاق و النكاح و العتاق؛ فمن قالهن فقد وجبن» وهذا منقطع؛ و فى حديث فضالة عند الطبرانى لفظ «العتق» كما فى التلخيص؛ و فيه رد على ابن الجوزى و النووى حيث انكرا و رود لفظ العتاق فى الروايات - راجع التلخيص.

(٤) كذا فى الأصول «الرجل» معرفا باللام كما فى المبسوط.

على [الرسول] ١، إن ذلك [على] ١ الزوج إن شاء رضى بالزيادة و إن شاء رد النكاح، فان رد النكاح فهو مردود بغير طلاق٢ لأنه حين زاد عليه

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول. و زيد على ما يقتضى سياق العبارة.

(٢) و فى ج ٥ ص ٢١ من المبسوط: قال (و ان امره ان يزوجه المرأة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه و زاد عليه فى المهر فان شاء الزوج اجازه، و ان شاء رده) لأنه اتى بخلاف ما امر به فكان مبتدئا فيتوقف عقده على اجازته، (و ان لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار ايضا) لأن دخوله بها كان باعتبار انه امتثل الوكيل امره فلا يصير به راضيا بما خالف فيه الوكيل فان الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به فكان على خياره ان شاء اقام معها بالمهر المسمى. و ان شاء فارقها (و كان لها الأقل من المسمى و من مهر مثلها) لأن الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول فى النكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة و يجب الأقل من المسمى و من مهر المثل لأن الوطأ فى غير الملك لا ينفك عن عقوبة او غرامة؛ قال: (فان كان الرسول ضمن لها المهر و لم يدخل بها الزوج و اخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة فى المهر فعلى الرسول نصف المسمى) لاقراره على نفسه انه امره به، و هذا لأن انكار الزوج الأمر بالزيادة بمنزلة انكاره الأمر بالعقد اصلا. كما بيناه فى الفصل الأول؛ قال: (فان قال الرسول انا اغرم المهر و الزمك النكاح لم يكن له ذلك الا ان يشاء الزوج) لأنه فيما باشر من العقد غير ممتثل امره فكان بمنزلة الفضولى و الفضولى لا يملك ان يلزم عليه حكم العقد الا برضاه، و هذا لأنه و ان تبرع بأداء الزيادة فلا بد من ان يجب على الزوج اولا لأن المسمى فى العقد صداق و الصداق مطلقا يجب على الزوج و قد تعذر الزام الزوج بذلك و انعدم منها الرضا بدونه. قال (و اذا وكل الرجل الرجل أن يزوجه امرأة فزوجها اياه وضمن لها عنه المهر جاز ذلك و لم يرجع به الوكيل على الزوج) لأنه ضمن عنه بغير امره (فان امره اياه بالنكاح لا يكون آمرا بالتزام الصداق) =

فكأنه أنكحه بغير أمره، و إن قالت المرأة «أنا أبطل الزيادة و أرضى بالنكاح» لم يكن ذلك إليها، وكان ذلك إلى الزوج إن شاء رده و إن شاء أجاز النكاح . و قال أهل المدينة : إن لم يكن دخل بها أحلفه بالله ما أمره بالزيادة، ثم خيرت المرأة فان شاءت دخلت على المائة الدينار و إن شاءت فارقته، و لا شيء لها عليه و لا على الرسول ، وكانت فرقتهما طلاقا إلا أن يتم لها الزوج ما رضيت به من الصداق فان فعل لم يكن [لها][1] خيار، فان دخل بها ثم تذاكر[2] أحلف الزوج أيضا ما أمره[3] بالزيادة ثم أخذها[4] من الرسول صاغرا[5]، إنما اقتات[6] على صاحبه و بقيا على نكاحهما و لم يكن

= لأن الوكيل بالنكاح سفير ومعبر لا ملتزم ، و من ضمن من غيره دينه بغير امره لم يرجع به عليه لأن تبرعه بالضمان كتبرعه بالأداء (فان امر بذلك رجع عليه) كما لو امره بالأداء، قال (و اذا كان العقد من الوكيل بشهود جاز و ان لم يكن على التوكيل شهود) لأن التوكيل بالنكاح ليس بنكاح . و الشهود من خصائص شرائط النكاح ، و انما شرط الشهود فى النكاح لأنه يتملك به البضع فلاظهار خطره اختص بشهود و ذلك لا يوجد فى التوكيل، فان البضع لا يتملك بالتوكيل فهو بمنزلة التوكيل بسائر العقود - انتهى .

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول - كما لا يخفى .

(٢) كذا فى الهندية ، و فى الأصل «تناكرا» - ف .

(٣) كذا فى الهندية ، و فى الأصل «امر» - ف .

(٤) كذا فى الأصل ، و فى الهندية «اخذ بها» - ف .

(٥) هكذا فى الأصول «صاغرا» من الصغر ، و الصغار و هو الذلة . و فى المغرب : صغر صغرا و صغارا اذا ذل ، و فى التنزيل «و هم صاغرون» اى يؤخذ منهم الجزية على الصغار و الذل ، و هو ان يأتى بها بنفسه ماشيا غير راكب و يسلمها و هو قائم =

لها خيار، و ان كان الرسول معدما[١] خيرت بين أن تقيم عنده على المائة [الدينار] و تتبع الرسول بالزيادة و بين أن تفارقه إلا أن يتم لها الزوج ما رضيت به من الصداق، فان فعل لم يكن لها خيار، و إن اختارت الفراق أخذت من الزوج المائة دينارا[٣] بما استحل منها، و لم يكن لها أن تتبع الرسول بالزيادة.

و قال محمد: إن فى هذه المسألة وجوها[٤] من العجائب ما منها وجه إلا لو شاء القائل أن يقول هو أعجب من صاحبه لقال[٥]!! جعلوا فى أول

= و المتسلم جالس - انتهى. و فى الهندية «ما غر» بما الموصولة و غر بالغين المعجمة و الراء المشددة من الغرور، فعل ماض، و هو المناسب بسياق العبارة - كما لا يخفى. و هو الصحيح عندى ايضا؛ و قد وقع هذا اللفظ مصحفا فى مواضع من هذا الباب و قد كتب محشى الهندية على هذا اللفظ: اى سياسة و تحكما لما فعل - اه. و هو يؤيد معنى الصغار و الذلة - تأمل. (٦) كذا فى الهندية، و فى الأصل «افتات» و الاقتيات اتخاذ الشيء قوتا. قال فى المغرب: قاته فاقتات نحو رزقته فارتزق، و هم يقتاتون الحبوب اى يتخذونها قوتا؛ و منه قولهم: علة الربا عند مالك الجنس و الاقتيات و الادخار - انتهى يعنى اتخذ الزيادة قوتا على صاحبه.

(١) كذا فى الهندية، اى مفلسا، من الاعدام و هو الافلاس. و كان فى الأصل «معدوما» تصحيف.

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول - كما لا يخفى.

(٣) كذا فى الأصول. و لعل الأصح «المائة الدينار» بتعريف الدينار.

(٤) فى الأصول «وجوه» بالرفع، و هو منصوب لكونه اسم «ان». قلت: و لعل لفظ «ان» من تصرفات الناسخ فاذن يصح رفع «وجوه» و الله اعلم - ف.

(٥) جزاء لقوله «لو شاء - الخ» و المراد بقوله «من صاحبه» الوجه الآخر؛ و قوله «جعلوا - الخ» توضيح لما هو اعجب من الآخر.

المسألة الخيار للمرأة؛ و إنما يكون الخيار للرجل إن رضى بالنكاح[١] و إلا فلا نكاح بينهما لأن الوكيل إذا خالفه فزوجه على أكثر مما أمره فكأنه زوجه بغير أمره فالخيار إلى الزوج إن شاء رضى بذلك و إن شاء لم يرض؛ و إن قالت المرأة «أنا أحط[٢] ما زاد من الصداق» لم يلتفت إليها، و ينبغى فى قياس قول أهل المدينة أن لا يجيزوا هذا النكاح أبدا، لأنهم يقولون[٣]: لو أن رجلا زوج رجلا بغير أمره فبلغه فرضى لم يجز ذلك أبدا[٤]! فكذلك الوكيل إذا أمره أن يزوج بمائة دينار فزوج بأكثر من ذلك فينبغى فى قولهم حين خالف ما أمره به أن يكون بمنزلة من زوج رجلا بغير أمره! أرأيتم لو أمره أن يزوجه بمائة دينار فزوجه بالدراهم[٥] أو بدار الزوج أليس هذا بمنزلة من زوجه بغير أمره! فكذلك إذا زوجه بأكثر مما أمره به.

و قال أهل المدينة: إنما يكون فرقتها تطليقة[٦]. وكيف يكون فى

---

(١) يعنى: ان الزوج ان رضى بالنكاح يكون الخيار له فى قبول الزيادة و عدمه.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «احطت»، و هو خطأ. و هو من الحط و هو الاسقاط؛ قال فى المغرب: حط من الثمن كذا اسقط، و اسم المحطوط الحطيطة - انتهى. و احط: ارجح، من حطت ماضيا قلت: و يكون اذن حططت لا احطت - ف.

(٣) و هو الزام منه على ما قالوا بقولهم بعدم جواز ذلك لكونه غير رض بحكمه.

(٤) لا دليل عليه من الحديث و الأثر. و راجع ج ٢ ص ١٥٠ من المدونة الكبرى فيها مسائل من نحو هذا فى نقلها طول و لذا تركتها.

(٥) كذا فى الأصول، و تأمل فيه و المسألة عندهم كذلك، يعلم بالمراجعة الى المدونة.

(٦) و هو كذلك عندهم، و انت تعلم ان الطلاق يتبع النكاح و لم يثبت بعد فكيف تكون هذه الفرقة طلاقا و هو من العجائب - كما قال الامام محمد رحمه الله تعالى.

هذا طلاق و لم يثبت نكاحها[1] و لو ماتا لم يتوارثا!

و قالوا أيضا: إن دخل بها و حلف الزوج ما أمر بالزيادة غرم[2] الرسول ما غر[3]. و قال محمد: وكيف يغرم ذلك الرسول ما غر[4] و إنما زاد على زوجها و قد كان بين لها فى اول الأمر أن الصداق الذى أمر به مائة دينار فلم ترض فكيف يكون ذلك عليه؟ قالوا: لأنه زادها من عنده نظرا لصاحبه. قيل لهم: فان كان ذلك يلزمه بعد الدخول إنه لينبغى أن يلزمه قبل الدخول فيكون ذلك واجبا عليه، و لا يكون للزوج و لا للمرأة خيار لأنها[5] قد رضيت بزيادته و قد وجبت الزيادة على الوكيل فكيف يجب ذلك عليه إذا دخل بها و لا يجب ذلك عليه إذا لم يدخل بها؟ و ما حالها إلا واحد.

و قال أهل المدينة أيضا: إذا كان الرسول معدما[6] خيرت بين اتباعه و تفرق زوجها. وكيف يكون الفراق بيدها إن كان الوكيل معدما[6] ولم يكن بيدها إن كان موسرا؟! لإن كانت الفرقة تجب لها بعسرته

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «نكاحا»، و هو خطأ، و الأرجح عندى «نكاحهما» بالاضافة الى ضمير المثنى.

(٢) كذا فى الهندية. و فى الأصل «كما غرم».

(٣) و قع فى الأصول «صاغرا» بالصاد المهملة و هو مصحف - كما تقدم.

(٤) فى الأصول «صاغرا» بالصاد يعنى: وكيف تكون الغرامة على الرسول و قد بين فى اول الأمر ان المهر ما امره به و هو لا يجب الا علـى الزوج و الزيادة منى فهو مما لا يوجب الا على الزوج.

(٥) و فى الأصول «لأنه» بالتذكير و هو خلاف سياق العبارة - تأمل.

(٦) و فى الأصل «معدوما» تصحيف، و الصواب «معدما» اى مفلسا - ف.

إنها لتجب[1] لها ، و إن كان موسرا و ما حالها إلا واحد ، و ما أخبرها أنه موسر فلا غرم من ذلك ؛ فهذا قول متشتت[2] ينقض بعضه بعضا و ما عندهم فى ذلك أثر يعتمدون عليه .

باب الرجل يتزوج المرأة على شيء مسمى بعضه نقد و بعضه تأخير إلى أجل مسمى[3]

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل نكح بشيء بعضه نقد

(١-١) فى الأصول « انه ليجب » وهو مصحف ، و الصواب « انها لتجب » فان الضمير راجع الى الفرقة فلا بد من تأنيثه .

(٢) من التشتت و هو التفرق و التكسر ، يعنى ان هذا القول لم يتسج على منوال واحد من الفقه بل ينقض بعضه بعضا و ليس عندهم حديث فى ذلك و لا اثر يعتمد عليه وتبنى تلك المسائل المذكورة عليه - كما عرفت من الزامات الامام الفقيه محمد بن الحسن الشيبانى رحمه الله تعالى .

(٣) هذا الباب متضمن بشروط سارية فى النكاح و هو لا يبطل بالشروط الفاسدة ، بل يصح و تبطل الشروط و تلغو ، و بطلانها يظهر فى مسائل من ابواب الفقه ، وستعرفه مما سيأتى فى الباب . قال فى ج ٢ ص ١٦٠ باب شروط النكاح من المدونة : قلت : أرأيت ان تزوج امرأة على ان لا يتزوج عليها و لا يتسرر أ يفسخ هذا النكاح و فيه هذا الشرط ان ادرك قبل البناء فى قول مالك ؟ قال : قال مالك : النكاح جائز و الشرط باطل ؛ قلت : لم اجاز مالك هذا النكاح و فيه هذا الشرط ؟ قال مالك : قد اجازه سعيد ابن المسيب و غير واحد من اهل العلم و ليس هذا من الشروط التى يفسد بها النكاح ، الليث بن سعد و عمرو بن الحارث عن كثير بن فرقد عن سعيد بن عبيد الله بن السباق ان رجلا تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب فشرط لها ان لا يخرجها من ارضها فوضع عنه عمر هذا الشرط و قال : المرأة مع زوجها (رجال) من اهل العلم و ليس =

و بعضه نسيئة إلى أجل مسمى على أنه إن هلك فلا شيء لها من المؤخر: إن النكاح جائز لا يفسده هذا الشرط و الشرط باطل . و قال أهل المدينة: لا يصح هذا النكاح و هو فاسد .

و قال محمد: وكيف فسد النكاح و إنما هو شرط فى النكاح وكل شرط فى النكاح فليس بجائز و النكاح جائز لا يبطله ذلك الشرط إلا الطلاق .

و قال محمد: وكذلك أخبرنا سفيان الثورى[١] عن منصور بن

= هذا من الشروط التى يفسد بها النكاح ؛ عن ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز و ابن شهاب و ابن ابى ربيعة و ابى الزناد و عطاء بن ابى رباح و يحيى بن سعيد مثله (ابن وهب) عن ابن ابى الزناد عن ابيه قال: قد نزل ذلك فى زمان عبد الملك بن مروان مع شروط سوى ذلك فقضى بذلك فرأى الفقهاء يومئذ ان قد اصاب القضاء فى ذلك ما لم يكن فيه طلاق (الى ان قال) قلت: أرأيت ان قال: أتزوجك بمائة دينار على ان انقدك خمسين وخمسون على ظهرى ؟ قال: ان كان هذا الذى على ظهره يحل بدخول الزوج عندهم فأراه جائزا . و ان كانت لا تحل الا الى موت او فراق فأراه غير جائز، فان ادرك النكاح فسخ . و ان دخل بها ثبت النكاح و كان لها صداق مثلها ؛ قلت: أرأيت هذا الذى تزوج على مهر معجل و منه مؤجل الى موت او طلاق فدخل بها أيفسخ هذا النكاح ام يقره اذا دخل بها ؟ قال: قال مالك: اذا دخل بها اجزت النكاح و جعلت لها صداق مثلها، و لم انظر الى الذى سمى من الصداق الا ان يكون صداق مثلها اقل مما جعل لها فلا ينقص منه شيء - انتهى .

(١) هو ابن سعيد بن مسروق الثورى، ابو عبد الله الكوفى، من ثور بن عبد مناة ابن اد بن طابخة، من رجال الستة ؛ مولده سنة سبع و تسعين، و اجتمعوا انه توفى بالبصرة سنة احدى و ستين و مائة، فهو اصغر من الامام ابى حنيفة بسبع عشرة سنة ؛ روى عن خلق كثير، وعنه قوم لا يحصون، حافظ حجة، امير المؤمنين فى الحديث، =

المعتمر[١] عن إبراهيم النخعي[٢] رضي الله عنه قال: كل شرط في النكاح فالنكاح يهدمه إلا الطلاق؛ أرأيتم رجلا تزوج امرأة على ان لا يتزوج عليها أو لا يتسرى[٣]؟ أيفسد هذا النكاح بهذا الشرط؟ أرأيتم رجلا تزوج المرأة[٤] على أن يدعها أن تخرج حيث أحبت متى شاءت أيفسد هذا النكاح لمكان الشرط؟ أرأيتم رجلا تزوج بمهر مسمى على أن لا يدع أباها و لا أمها و لا اخوتها و لا أحدا من أهلها يدخلون عليها أيفسد هذا الشرط النكاح؟ أرأيتم رجلا تزوج امرأة على أن تنفق المرأة عليه أو تزوجها على أن لا نفقة لها أيفسد النكاح بشيء من

= ثقة عابد ورع، امام من أئمة المسلمين، و علم من اعلام الدين، مجمع على امامته، مع الاتقان و الحفظ و المعرفة و الضبط و الورع و الزهد؛ قال العجلي: احسن و اكثر اسناد الكوفة سفيان عن منصور عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله، و هو أحفظ حديثا من مالك، يبلغ حديثه ثلاثين الفا؛ و قال ابن المبارك: حدث سفيان بحديث فجئته و هو يدلسه، فلما رآني استحيى مني و قال: نرويه عنك؛ و فضائله كثيرة جدا، راجع الى التهذيب و قد سبق فيما مضى.

(١) هو السلمي، ابو عتاب الكوفي، احد الأعلام المشاهير، من رجال الستة، روى عن ابراهيم و ابي وائل و ذر بن عبد الله و غيرهم، و عنه ايوب و شعبة و زائدة و الامام ابو حنيفة و خلق، ثقة ثبت متقن، صام اربعين سنة و قام لياليها؛ توفى سنة اثنتين و ثلاثين و مائة - تهذيب.

(٢) مضى ذكره و ترجمته في ابواب كثيرة.

(٣) في المغرب: و السرية واحد السراري، فعلية من السر و السر الجماع، او فعولة من السر و السيارة، و التسرى كالتظني على الأول، وعلى الثاني ظاهر و الأول أشهر - اه.

(٤) كذا في الأصول المعرف باللام، و المنكر احسن كما في نظائره، كما لا يخفى على ذوي البصائر.

هذين الشرطين[١]؟ أرأيتم رجلا تزوج امرأة على أن ينفق عليها فى كل شهر مائة درهم و إنما[٢] نفقة مثلها ثلاثون درهما أيفسد النكاح بهذا الشرط؟! و لو كان شيء من هذه الشروط يُفسد النكاح لأفسد النكاح أن يتزوج الرجل المرأة على غير مهر! فقد جاء فى هذا أثر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه يرويه أهل العراق و أهل الحجاز أن عمر رضى الله عنه أجاز النكاح[٣] وجعل لها[٤]

---

(١) كذا فى الأصول « هذين الشرطين » مثنى ، و لعل الأولى بالجمع « هذه الشروط » الا ان يكون المشار اليه بهذين انفاق المرأة عليه و تزوجها على شرط ان لا نفقة لها ، و هما الشرطان - تأمل .

(٢) كذا فى الأصول وفى نسخة « دائما » من الدوام تصحيف ، والصواب ما فى الأصول .

(٣) فى الجزء التاسع ص ٥٩٩ من المحلى : و هكذا كل نكاح فاسد حاش التى تزوجت بغير اذن وليها جاهلة فوطأها ، فان كان سمى لها مهرا فلها الذى سمى لها ، و إن كان لم يسم لها مهرا فلها عليه مهر مثلها ، فان لم يكن وطأها فلا شيء لها ، فان كان الصداق الفاسد و الشروط الفاسدة انما تعاقداها بعد صحة عقد النكاح خاليا من كل ذلك فالنكاح صحيح تام ، و يفسخ الصداق ، و يقضى لها بمهر مثلها الا ان يتراضيا بأقل او اكثر فذلك جائز ، و تبطل الشروط كلها - اه .

(٤) و كان فى الأصول « له » بالتذكير ، و الصواب « لها » بالتأنيث - كما لا يخفى . و قد روى عن ابن مسعود رضى الله عنه فى المرأة التى لم تفرض لها صداق عند التزوج صداق مثلها من نسائها . رواه الامام محمد فى ص ٢٤٥ من الموطأ قال : اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعى ان رجلا تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقا فمات قبل ان يدخل بها فقال عبد الله بن مسعود : لها صداق مثلها من نسائها لا وكس و لا شطط ؛ فلما قضى قال : فان يكن صوابا فمن الله . و ان يكن خطأ فمنى ومن الشيطان ، و الله و رسوله بريئان ؛ فقال رجل من جلسائه : بلغنا انه معقل بن سنان الأشجعى و كان من أصحاب =

= رسول الله صلى الله عليه و سلم قضيت و الذى يحلف به بقضاء رسول الله صلى الله عليه و سلم فى بروع ابنة واشق الأشجعية ؛ قال : ففرح عبد الله فرحة ما فرح قبلها مثالها لموافقة قوله قول رسول الله صلى الله عليه و سلم - انتهى . و الحديث رواه احمد و اصحاب السنن و ابن حبان و الحاكم من حديث معقل بن سنان الأشجعى ، و صححه ابن مهدى و الترمذى ، و قال ابن حزم : لامغمز فيه لصحة اسناده ، و البيهقى فى الخلافيات (و فى بلوغ المرام ص ١٢٤ : رواه احمد و الأربعة ، و صححه الترمذى و جماعة - اه) و قال الشافعى : لا احفظه من وجه يثبت مثله ، و قال : لو ثبت حديث بروع لقلت به ؛ و قال الرافعى : فى راوى هذا الحديث اضطراب ، قيل : عن معقل بن سنان و قيل عن رجل من اشجع او ناس من اشجع و قيل غير ذلك ، و صححه بعض اصحاب الحديث و قالوا : ان الاختلاف فى اسم راويه لايضر لأن الصحابة كلهم عدول - الى آخر كلامه ؛ و هذا الذى ذكره الأصل فيه ما ذكره الشافعى فى الأم قال : و قد روى عن النبي صلى الله عليه و سلم بأبي هو و امى انه قضى فى بروع بنت واشق و قد نكحت بغير مهر فمات زوجها فقضى لها بمهر نسائها و قضى لها بالميراث ؛ فان كان ثبت عن رسول الله صلى الله عليه و سلم فهو اولى الأمور بنا ، و لا حجة فى قول احد دون النبي صلى الله عليه و سلم و ان كثر ، و لا فى قياس ، لايثنى (و فى الأم : فلا شيء) فى قوله إلا طاعة الله بالتسليم له ، و ان كان لا يثبت عن النبي صلى الله عليه و سلم لم يكن لأحد ان يثبت عنه ما لم يثبت ، و لم احفظه عنه من وجه يثبت مثله ، مرة يقال عن معقل بن سنان و مرة عن معقل بن يسار و مرة عن بعض اشجع لا يسمى ؛ قال البيهقى : قد سمى معقل بن سنان و هو صحابى مشهور ، و الاختلاف فيه لايضر فان جميع الروايات فيه صحيحة ، و فى بعضها ما دل على ان جماعة من اشجع شهدوا بذلك ؛ و قال ابن ابى حاتم : قال ابو زرعة : الذى قال معقل بن سنان اصح ، و روى الحاكم فى المستدرك : سمعت ابا عبد الله محمد بن يعقوب يقول سمعت الحسن بن سفيان يقول سمعت حرملة بن يحيى قال سمعت الشافعى يقول : ان صح حديث بروع بنت واشق قلت به ؛ قال الحاكم فقال شيخنا ابو عبد الله : لوحضرت =

صداق مثلها من نسائها لا وكس[1] و لا شطط[2]؛ فلو كان شيء من هذه يُفسد النكاح لأفسده أن يتزوج[3] من غير صداق و لكن النكاح في ذلك جائز و الشرط باطل .

= الشافعي لقمت على رؤس الناس و قلت : قد صح الحديث فقل به ؛ و ذكر الدارقطني الاختلاف فيه في العلل ثم قال : و احسنها اسنادا حديث قتادة الا انه لم يحفظ اسم الصحابي ؛ قلت : و طريق قتادة عند ابي داود و غيره ، و له شاهد من حديث عقبة بن عامر ان النبي صلى الله عليه و سلم زوج امرأة رجلا فدخل بها و لم يفرض لها صداقا فحضرته الوفاة فقال ؛ اشهدكم ان سهمي الذي بخيبر لها - الحديث ، اخرجه ابو داود و الحاكم - قاله الحافظ في التلخيص الحبير .

ثم العجب من البيهقي انه بعد ما اورد كلامه المتقدم في هذا الباب عقد بابا ثانيا و ترجمه بقوله « باب من قال لا صداق لها » و ذكر في آخره عن ابي اسحاق الكوفي عن مزيدة ابن جابر ان عليا قال : لا يقبل قول اعرابي من اشجع على كتاب الله - اه . و قد رد هذا بثلاثة وجوه ، الأول : ابو اسحاق الكوفي هو عبد الله بن ميسرة ضعيف جدا نقل الجرح فيه عن يحيى بن معين و النسائي ، و قال ابن حبان : لا يحل الاحتجاج بحديثه ؛ و الثاني : ان مزيدة هذا قال فيه ابو زرعة : ليس بشيء ، ذكره ابن ابي حاتم عن ابيه ؛ و الثالث : ان البخاري ذكر في تاريخه انه يروي عن ابيه عن علي ؛ فظاهر هذا الكلام ان روايته عن علي منقطعة لهذه الوجوه او بعضها . قال المنذري : لم يصح هذا الأثر عن علي ؛ فكيف يسوغ للبيهقي يصحح روايات حديث معقل ثم يعترض عليه بمثل هذا الأثر المنكر و يسكت عنه و لا يبين ضعفه !! كذا في العقود .

(١) اى : لا نقصان فيه .

(٢) اى : و لا زيادة عليه .

(٣) فاعل « افسد » في حكم المصدر ، يعني : لأفسده التزوج ، بأن « ان » مصدرية .

باب

باب الرجل يتزوج الأمة و يشترط أن كل ولد تلده حرّ

محمد قال قال أبو حنيفة رضى الله عنه: من تزوج أمة باذن[١] مولاها على أن ما ولدت من ولد فهو حرٌّ فالنكاح جائز، و ما ولدت من ولد فهو حر.
و قال أهل المدينة: النكاح فاسد، و ما ولدت من ولد فهو حر.

و قال محمد: إن النكاح لا يفسده الشرط[٢]، و لو أفسده الشرط لأفسد ما هو أعظم ما ذكرنا من هذه الشروط أن يتزوج المرأة و لا يسمى لها صداقا فيكون النكاح جائزا و لها صداق مثلها من نسائها لا وكس و لاشطط، و لو كان فى بيع أو غيره من الاجارات و اشترى رجل بغير ثمن أو استأجر بغير أجر مسمى ما جاز ذلك[٣].

---

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية، « لاذن » باللام تصحيف.

(٢) روى سعيد بن منصور: نا ابن وهب اخبرنى عمرو بن الحارث عن كثير بن فرقد عن سعيد بن عبيد بن السباق: ان رجلا تزوج على عهد عمر بن الخطاب فشرط لها ان لا يخرجها فوضع عمر عنه الشرط و قال: المرأة مع زوجها؛ و به الى سفيان عن ابن ابى ليلى عن المنهال بن عمرو عن عباد عن على بن ابى طالب فى الرجل يتزوج المرأة يشترط لها دارها فقال: شرط الله قبل شرطها؛ و من طريق سعيد بن منصور نا هشيم انا مغيرة و يونس قال مغيرة عن ابراهيم و قال يونس عن الحسن قالا جميعا: يجوز النكاح و يبطل الشرط - كذا فى المحلى.

(٣) اعلم ان كل ما اورث خللا فى ركن البيع الذى هو الايجاب و القبول او المحل اعنى المبيع فهو مبطل، و كل ما اورث خللا فى غير الركن و غير المحل فمفسد، فالبيع الباطل ما لا يكون مشروعا لا بأصله و لا بوصفه. و الفاسد ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه، و مرادهم من مشروعية اصله كونه مالا متقوما لا جوازه وصحته لأن فساده يمنع صحته، و حكم الباطل انه لا يفيد الملك اصلا، و الفاسد يفيده، فعلى هذا هما =

أ رأيتم رجلا تزوج امرأة علـى أن يمهرها درهما لا يزيدها[1] على ذلك شيئا ما تقولون فيه؟ قالوا: النكاح جائز، و نرى لها ربع دينار أدنى ما يتزوج عليه[2]. قيل لهم قد أصبتم فى قولكم: إن النكاح جائز، و رجعتم

= متباثنان، و الخلل فى غير الركن و المحل قد يكون فى الثمن و قد يكون فى التسليم و قد يكون فى الشرط المخالف لمقتضى العقد و هو المذكور فى الباب؛ و به ظهر ان الوصف ما كان خارجا عن الركن و المحل و البيع و الاجارة و الرهن تبطلها الشروط الفاسدة، بخلاف الهبة و الصدقة و النكاح و الخلع و الصلح عن دم العمد، و البيع لا يبطل بالشرط فى اثنين و ثلاثين موضعا مذكورة فى الأشباه و النظائر ص ٢٩٧ من كتاب البيوع. و تفصيله فى الحموى و رد المحتار ج ٤ ص ٨٥ من آخر باب خيار الشرط.

(١) الضمير راجع الى المرأة؛ و «ما» فى قوله «ما تقولون» استفهامية يعنى هل تقولون بجواز هذا النكاح ام لا مع انه فيه شرط؟.

(٢) قال فى المدونة ج ٢ ص ١٧٣: قلت: أرأيت ان تزوجها على عرض قيمته اقل من ثلاثة دراهم او على درهمين؟ قال: ارى النكاح جائزا و يبلغ به ربع دينار ان رضى بذلك الزوج، و ان ابى فسخ النكاح ان لم يكن دخل بها، و ان دخل بها اكمل لها ربع دينار، و ليس هذا النكاح عندى من نكاح التفويض؛ قلت: لم اجزته؟ قال: لاختلاف الناس فى هذا الصداق لأن منهم من قال: هذا الصداق جائز، و منهم من قال: لا يجوز، و قد قال بعض الرواة: لا يجوز قبل الدخول بدرهمين و ان اتم الزوج ربع دينار؛ قلت: فان فاتت بالدخول؟ قال: فلها صداق مثلها لأن الصداق الأول لم يكن يصلح العقد به؛ قلت لابن القاسم: أرأيت ان طلقها قبل البناء بها أتجعل لها نصف الدرهمين ام المتعة ام نصف ربع دينار؟ قال: لها نصف الدرهمين؛ قلت: لم؟ قال: لأنه صداق قد اختلف فيه، و ان الزوج لو لم يرض ان يبلغها ربع دينار =

عن قولكم : إن النكاح يفسده الشروط الفاسدة[١] ! لأن هذا الشرط فأسد و لم يفسد النكاح فى قولكم ! إنا لانرفعه إلى ربع دينار و لكن نحن نرفعه إلى عشرة دراهم[٢] ، و لكنكم قد أصبتم [فى] قياس قولكم لأنكم تزعمون أنكم

= لم اجبره على ذلك الا ان يكون قد دخل بها ، فهو اذا طلقها فليس لها الا نصف الدرهمين لاختلاف الناس فى انه صداق ؛ قال : و لا ارى لأحد ان يتزوج بأقل من ربع دينار ؛ قلت : أ رأيت ان تزوجها على درهمين و لم يبن بها أيفسخ هذا النكاح ام يقر ؟ و يرفع بها الى صداق مثلها او يرفع بها الى ادنى مما يستحل به النساء فى قول مالك ؟ و كيف ان كان قد بنى بها ما ذا يكون لها من الصداق ؟ و هل يترك هذا النكاح بينهما لا يفسخ اذا كان قد بنى بها ؟ قال : بلغنى عن مالك انه قال : ان امهر ثلاثة دارهم قبل ان يدخل بها اقر النكاح و لم يفسخ ؛ قال ابن القاسم : ورأيى ان كان قد دخل بها ان يجبر على ثلاثة دراهم و لايفرق بينهما - انتهى .

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « الشرط الفاسد » ؛ و لا يفسد النكاح عندهم الا ببعض الشروط ، و مسائل من باب النكاح لايفسدها الشروط الفاسدة ، كما يظهر من المراجعة الى المدونة من باب شروط النكاح ص ١٦٠ و ص ١٦١ و غيرهما ، و لذا تعجب منه ابن حزم فى المحلى .

(٢) لما ذكره المحقق على الاطلاق فى ج ٢ ص ٤١٧ من فتح القدير فى فصل الكفاءة : ثم وجدنا فى شرح البخارى للشيخ برهان الدين الحلبى ذكر ان البغوى قال : انه حسن ، و قال فيه : رواه ابن ابى حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الأودى بسنده ، ثم اوجدنا بعض اصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضى القضاة العسقلانى الشهير بابن حجر ، قال ابن ابى حاتم : حدثنا عمرو بن عبد الله الأودى قال حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال حدثنا القاسم بن محمد قال سمعت جابرا رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : « و لا مهر اقل من عشرة » من الحديث الطويل ؛ قال الحافظ =

تقطعون اليد فى ربع دينار[1]، فكذلك رفعتموها إلى ربع دينار و نحن لا نقطع اليد فى أقل من عشرة دارهم[2] فلذلك رفعناها إلى عشرة دراهم،

= انه بهذا الاسناد حسن و لا اقل منه - انتهى . و قال فى باب المهر ص ٢٠٦ : و لنا قوله صلى الله عليه و سلم من حديث جابر رضى الله عنه : «الا! لا يزوج النساء الا الأولياء . و لا يزوجن الامن الأكفاء . و لا مهر اقل من عشرة دراهم» رواه الدارقطنى و البيهقى؛ و تقدم الكلام عليه فى الكفاءة - انتهى . و ذكره فى ص ٨١ من الجزء الخامس من المبسوط ، و زاد : و فى حديث عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : «لا قطع فى اقل من عشرة دراهم ، و لامهر اقل من عشرة دراهم» و فى الكتاب : قال : بلغنا عن على و ابن عمر و عائشة و عامر و ابراهيم رضوان الله عليهم اجمعين - انتهى . و بلاغ على اسنده الدارقطنى فى سننه ، كما قاله الحافظ فى بلوغ المرام عن على رضى الله عنه قال : لا يكون المهر اقل من عشرة دراهم ، اخرجه الدارقطنى موقوفا و فى سنده مقال - انتهى .

(١) قال مالك فى موطئه : احب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم ، و ان ارتفع الصرف او اتضع ، و ذلك ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم ، و ان عثمان بن عفان قطع فى اترنجة قومت بثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعت الى فى ذلك - انتهى . قلت : ما نقله العلامة المفتى حفظه الله ليس فى كتاب النكاح ، و انما هو فى كتاب السرقة ص ٣٥٣ ذكره الامام مالك قبيل (ما جاء فى ارخاء الستور) من كتاب النكاح ، و لفظه «و قال مالك : لا ارى ان تنكح المرأة بأقل من ربع دينار و ذلك ادنى ما يجب فى القطع» - اه ص ١٩١ - ف .

(٢) قال الامام محمد فى الموطأ بعد رواية حديث ابن عمر وعائشة وعثمان رضى الله عنهم فى قطع اليد فى المجن و ربع دينار و ثلاثة دراهم : قد اختلف الناس فيما يقطع فيه اليد ، فقال اهل المدينة : ربع دينار ، و رووا هذه الأحاديث ؛ وقال اهل العراق : لا تقطع =

= اليد فى اقل من عشرة دراهم ، و رووا ذلك عن النبي صلى الله عليه و سلم ؛ و عن عمر وعن عثمان وعن علي وعن عبد الله بن مسعود وعن غير واحد فاذا جاء الاختلاف فى الحدود اخذ فيها بالثقة ، وهو قول ابى حنيفة و العامة من فقهائنا - انتهى . و قال فى كتاب الآثار : اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : لايقطع يد السارق فى اقل من عشرة دراهم ، قال محمد : و به نأخذ و هو قول ابى حنيفة ؛ محمد قال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : لاتقطع يد السارق فى اقل من ثمن الجحفة ، و كان ثمنها عشرة دراهم ؛ و قال : قال ابراهيم ايضا : لايقطع السارق فى اقل من ثمن المجن ، و كان ثمنه يومئذ عشرة دراهم ، و لايقطع فى اقل من ذلك - انتهى . و اياك و الظن ان هذا البحث هنا غريب لا يناسب المقام ، كلا ! و قد اوردته ههنا لمصالح فى خلدى ، ان تأملت يظهر عليك بعضها او جلها ، و لا اقدر على اظهارها ، و البحث فى ذلك طويل الذيل ، و قد اطال الكلام الطحاوى فى بابه على ما هو دأبه فى شرح معانى الآثار من ص٩٣ الى ص ٩٦ من الجزء الثانى ، و راجع الجوهر النقى ، و ما روى من القطع فى اقل من عشرة دراهم محمول على السياسة ، صرح بذلك على القارى فى شرح النقاية و الشيخ الأنور الكشميرى فى « العرف الشذى على الترمذى » و هو محمل حسن ، و الامام محمد رحمه الله تعالى اشار فى الموطأ الى محمل آخر بقوله : فاذا جاء الاختلاف فى الحدود آخذ فيها بالثقة - اه . يعنى لما جاء الاختلاف فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه و سلم و عن اصحابه بعده و لم يعرف التقدم و التأخر ليعرف الناسخ من المنسوخ اخذنا فيه بالأحوط المعتمد الذى لا يشك فيه وهو عشرة دراهم ، لأن الحدود تندرئ بالشبهات و لاتثبت الا بما لا شك فيه . واطال الفاضل اللكنوى ايضا فى « التعليق الممجد على الموطأ للامام محمد » ، و القى عليك إيضاحا للرام ما قال المحدث الزبيدى فى عقود الجواهر المنيفة حتى تكون ادلة المسألة بمرأى منك و مسمع : ابو حنيفة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة =

= المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال : كان قطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم في عشرة دراهم ، كذا رواه الحارثي من طريق ابي مقاتل و نصر الصنعاني عنه ، و رواه من طريق خلف بن ياسين عنه بلفظ : انما كان القطع في عشرة دراهم ؛ و رواه ابن خسرو من طريق محمد بن الحسن عنه بلفظ : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : « لاتقطع اليد في اقل من عشرة دراهم » و تابعه وكيع و الثوري و ابن المبارك و غيرهم ، و المسعودي ثقة روى له اصحاب السنن الأربعة و استشهد به البخاري ، و الذي في سؤالات الحاكم و اجوبتها للبغداديين انه اختلط و لكنه ذكر الامام احمد بن حنبل ان سماع وكيع عنه قديم ، و ان من سمع منه بالكوفة و البصرة فسماعه جيد ، ذكره صاحب الكمال ، فان حكمنا برواية الامام باعتبار الزيادة زال انقطاع هذا الأثر و الا فلا علة فيه الا الانقطاع ، و لا يقوم بمعارضته ما رواه الثوري عن عيسى بن ابي غرة عن الشعبي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه صلى الله عليه و سلم قطع سارقا في خمسة دراهم ، كما زعمه البيهقي فان فيه ثلاث علل : الثوري مدلس و قد عنعن ، و ابن ابي غرة ضعيف ضعفه القطان ، و الشعبي عن ابن مسعود منقطع ؛ فسند رواية المسعودي اقرب ان يكون صحيحا - فتأمل ؛ و اخرجه احمد و الدارقطني من حديث الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رفعه بلفظ الرواية الثالثة ، و اخرجه الطبراني في الأوسط من رواية ابي مطيع البلخي عن الامام بلفظ « لا قطع الا في عشرة دراهم » و رواه عبد الرزاق من طريق القاسم عن ابيه عن جده ؛ قلت : و اخرجه الطبراني ايضا ، و اشار اليه الترمذي حيث قال : قد روى عن ابن مسعود « لاقطع الا في دينار او عشرة دراهم » و هو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود ، و القاسم لم يسمع من ابن مسعود - اه ؛ فظهر من كلامه امران ، الأول : ان في الحديث انقطاعا ، و الثاني : انه موقوف ، و سند الامام ابي حنيفة و عبد الرزاق ينفي كلا الأمرين ، و لو كان موقوفا فله حكم =

فكلا الفريقين قد أصاب قياس قوله[1] فى هذا .

و قلنا لهم أيضا : أرأيتم رجلا تزوج امرأة على أنه لا مهر لها أيفسد هذا النكاح ؟ فان قلتم « النكاح جائز » فقد رجعتم عن قولكم الأول فى الشروط الفاسدة ، و إن قلتم « إن النكاح لا يجوز » فقد رجعتم عن قولكم : إن الرجل اذا تزوج المرأة على درهم إن النكاح جائز ! و يبلغ بها ربع دينار لأن الدرهم عندكم ليس بصداق فكأنه اشترط عليها أن لا صداق لها[2] ؛ فليس[3] هذا بشيء ، و النكاح كله جائز مع الشروط الفاسدة ، و تبطل الشروط الفاسدة و يجوز النكاح .

= الرفع - كما لا يخفى ؛ و رواه ابن ابى شيبة من وجه آخر عن القاسم : اتى برجل سرق ثوبا فقال لعثمان : قومه ، فقومه ثمانية دراهم فلم يقطعه ؛ و فى كتاب الحجج لعيسى بن ابان : حدثنا موسى بن داود حدثنا ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة ان لا تقطع يد السارق الا فى دينار او عشرة دراهم ؛ و ذكر الطحاوى فى احكام القرآن بسند جيد عن ابن جريج قال : كان قول عطاء مثل قول عمرو بن شعيب : « لا تقطع اليد فى اقل من عشرة دراهم » ؛ و اصحابنا يعملون برواية عمرو بن شعيب و لا يردون شيئا منها اذا لم يعارضها ما هو اقوى منها . و قد قال البيهقى فى باب من قال يرث قاتل الخطأ : الشافعى كالمتوقف فى روايات عمرو بن شعيب اذا لم ينضم اليها ما يؤكدها ، و عند النسائى معنى حديث الباب ، و كذا الترمذى - انتهى .

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « قولهم » بالجمع .

(٢) اى فكما جوزتم الأول تجوزونه ايضا .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « ليس » .

باب نكاح السر إذا شهد عليه العدول[١]

قال محمد: قال أبو حنيفة رضى الله عنه: نكاح السرّ جائز إذا شهد عليه العدول و ان استكتموا ذلك. و قال أهل المدينة: لا يجوز نكاح السرّ و إن شهد عليه العدول إذا استكتموا ذلك[٢].

(١) اى من الرجال و النساء، و فيه خلاف الأئمة. قال الزرقانى فى ج ٣ ص ١٩ من شرح الموطأ: و قد اجازه الكوفيون بشهادة رجل و امرأتين، و قال مالك و الشافعى و احمد: لا دخل للنساء فى النكاح فانما يصح بشهادة عدلين، الا ان مالكا اجاز العقد بدون شهادة ثم يشهدان قبل الدخول - اه. قال القارى: نكاح السر اى تزويج الخفية وهو ان يعقد بغير حضور نصاب الشهادة و شرائطه - كذا فى التعليق؛ و فى شرح الزرقانى: قال مالك: نكاح السر ما اوصى بكتمه، و الشافعى و الكوفيون و غيرهم ما لم يشهد عليه، و يفسخ على كل حال - انتهى. اى على اختلاف المذهبين فافهم، فان من اوصى بكتم نكاحه لا يفسخ عندنا كما هو ظاهر من الباب و مسائله التى ذكرها الامام محمد فيه.

(٢) فى المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٥٨: قلت: أرأيت الرجل ينكح ببينة و يأمرهم ان يكتموا ذلك أيجوز هذا النكاح فى قول مالك؟ قال: لا؛ قلت: فان تزوج بغير بينة على غير استسرار؟ قال: ذلك جائز عند مالك و يشهدان فيما يستقبلان؛ قلت: لم ابطلت الأول؟ قال: لأن اصل هذا الاستسرار فهو و ان كثرت البينة اذا امر بكتمان ذلك او كان ذلك على الكتمان فالنكاح فاسد؛ يونس انه سأل ابن شهاب عن رجل نكح سرا و اشهد رجلين قال: ان مسها فرق بينهما و اعتدت حتى تنقضى عدتها، وعوقب الشاهدان بما كتما من ذلك، و للمرأة مهرها، ثم ان شاءت نكحته حين تنقضى عدتها نكاح علانية؛ قال يونس و قال ابن وهب مثله، قال يونس قال ابن شهاب: و ان لم يكن مسها فرق بينهما و لاصداق لها، و نرى ان ينكلها الامام =

= بعقوبة و الشاهدين. فانه لايصلح نكاح السر؛ و قال يحيى بن سالم بن عبد الله مثله؛ ابن لهيعة عن يعقوب بن ابراهيم المدنى عن الضحاك بن عثمان ان ابا بكر الصديق قال: لا يجوز نكاح السر حتى يعلن به و يشهد عليه؛ ابن وهب عن شمر بن نمير الأموى عن حسين بن عبد الله عن ابيه عن جده عن على بن ابى طالب «ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر هو و اصحابه ببنى زريق فسمعوا غناء و لعبا فقالوا: ما هذا؟ فقالوا: نكاح فلان يا رسول الله! فقال: كمل دينه هذا النكاح لا السفاح، و لا نكاح السر حتى يسمع دف او يرى دخان» قال حسين: و حدثنى عمرو بن يحيى المازنى عن جده ابى حسين ان رسول الله صلى الله عليه و سلم كره نكاح السر حتى يضرب بالدف؛ ابن لهيعة عن يزيد بن ابى حبيب ان عمر بن عبد العزيز كتب الى ايوب بن شرحبيل ان: مُر من قبلك ان يظهروا عقدة النكاح بالدف حتى يفرق بين النكاح و السفاح، و امنع الذين يضربون بالبرابط؛ و البرابط الأعواد - انتهى. نقلت عبارة المدونة ليكون بين يدى الأحناف ادلة المخالف ليجيبوا عنها و يحملوها على محامل حسنة كى لا تتضاد الأدلة؛ و الكلام فى ابن لهيعة مشهور، و يعقوب ابن ابراهيم المدنى ليس بالمعروف، قاله ابن عدى - كما فى ميزان الاعتدال. و فى متن الأثر اشهاد مع الاعلان شرط لجواز النكاح فلا يتم التقريب، فعند الامام مالك رحمه الله يجوز النكاح بلا شهود كما عرفته، فأثر ابى بكر رضى الله عنه لا يوافقه؛ و الضحاك بن عثمان يروى عن التابعين - كما فى الميزان، ففيه انقطاع ايضا - تأمل، و شمر بن نمير كان غير ثقة - كما فى الميزان؛ و شيخه حسين بن عبد الله كذبه مالك. وقال ابو حاتم: متروك الحديث كذاب، و قال احمد: لايساوى شيئا، و قال ابن معين: ليس بثقة و لا مأمون، و قال البخارى: منكر الحديث ضعيف، و قال ابو زرعة: ليس بشيء اضرب على حديثه - قاله الذهبى فى الميزان؛ فاسناد الحديث ضعيف جدا لا يجوز الاحتجاج به قطعا؛ و مع هذا فى الحديث «حتى يسمع دف او يرى دخان» فمن لم يضرب فى النكاح الشرعى بالدف او لم ير فى بيته =

و قال محمد: كيف يبطل هذا و قد شهدت عليه العدول؟ أرأيتم رجلا زوج ابنته وهي ثيب برضاها و أمرها[١] بالبينة العدول رجلا كفوا صالحا إلا أنهم يرضون من الصداق جميعا على أمر استحيوا لا يعلم به الناس فسألهم أن يكتموا ذلك أ يبطل ذلك النكاح؟! أرأيتم رجلا مستخفيا من سلطان زوج ابنته بالبينة العدول و استكتم ذلك من خوف السلطان أ يبطل هذا النكاح؟! أو يزوج الرجل نفسه و هو مستخف من السلطان أو من دين عليه فسألهم أن يكتموا لمكان خوفه أ يبطل هذا النكاح. قالوا: قد جاء في هذا أثر فلا نخالفه. قيل لهم: قد سمعنا ذلك و حدثنا به فقيهكم مالك بن أنس[٢] ذلك الأمر حق، رواه مالك بن أنس أن رجلا تزوج امرأة بشهادة رجل و امرأة واحدة فأبطل ذلك عمر رضي الله عنه و قال: هذا نكاح السرّ لا أجيزه

= دخان لايجوز النكاح - كما هو مفاد الحديث، و لم يقل به احد - تأمل.

(١) مجرور معطوف على «برضاها» داخل تحت حرف الجر، اى: بأمرها.

(٢) قال الامام محمد في ص ١٨٩ من الموطأ: اخبرنا مالك عن ابي الزبير ان عمر اتى برجل في نكاح لم يشهد عليه الا رجل و امرأة فقال عمر: هذا نكاح السر و لانجيزه، و لو كنت تقدمت فيه لرجمت؛ قال محمد: و بهذا نأخذ، لأن النكاح لايجوز في اقل من شاهدين، و انما شهد على هذا الذي رده عمر رجل و امرأة فهذا نكاح السر لأن الشهادة لم تكمل و لو كملت الشهادة برجلين او رجل و امرأتين كان نكاحا جائزا و ان كان سرا، و انما يفسد نكاح السر ان يكون بغير شهود، فأما اذا كملت الشهادة فهو نكاح العلانية و ان كانوا اسروه؛ قال محمد: اخبرنا محمد بن ابان عن حماد عن ابراهيم ان عمر بن الخطاب اجاز شهادة رجل و امرأتين في النكاح و الفرقة. قال محمد: و بهذا نأخذ، و هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى - انتهى.

و لو تقدمت فيه لرجمت؛ و هذا عندنا من النكاح الذى لا يجوز[1] لأن البينة لم تتكامل فيه، و لا يجوز إلا بشاهدين عدلين أو رجل و امرأتين ممن يرضى

(١) لما رواه الدارقطنى مرفوعا: لا نكاح الا بشهود؛ و روى الترمذى من حديث ابن عباس مرفوعا و موقوفا و قال: و الموقوف اصح، البغايا اللاتى ان ينكحن انفسهن بغير شهود، و لم يرفعه غير عبد الأعلى فى التفسير و وقفه فى الطلاق، لكن ابن حبان روى من حديث عائشة رضى الله عنها انه صلى الله عليه و سلم قال: «لا نكاح الا بولى و شاهدى عدل، و ما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فان تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له» قال ابن حبان: لا يصح فى ذكر الشاهدين غير هذا؛ و رواه ابن حزم فى ج ٩ ص ٤٦٥ من المحلى و قال: لا يصح فى هذا الباب غير هذا السند، يعنى ذكر شاهدى عدل، و فى هذا كفاية لصحته - اه؛ قال الزرقانى فى شرح الموطأ ج ٣ ص ١٩: رواه احمد و الطبرانى و البيهقى و اسناده صحيح - اه؛ و ذكر الحافظ فى التلخيص: و فى الباب حديث ابى هريرة و على و أنس و جابر و ابن مسعود و ابن عمر و عمران بن حصين رضى الله عنهم؛ ذكره الزيلعى فى تخريج احاديث الهداية مع ما له و ما عليه. و قال ابن حزم فى المحلى: و لا يتم النكاح الا باشهاد عدلين فصاعدا او باعلان عام، فان استكتم الشاهدان لم يضر ذلك شيئا، و قال: قوم اذا استكتم الشاهدان فهو نكاح سر و هو باطل؛ قال ابو محمد: هذا خطأ لوجهين، احدهما انه لم يصح قط نهى عن نكاح السر اذا شهد عليه عدلان، و الثانى انه ليس سرا ما علمه خمسة: الناكح و المنكح و المنكحة و الشاهدان، قال الشاعر:

ألا كل سرّ جاوز اثنين شائع

و قال غيره

السر يكتمه الاثنان بينهما　　و كل سر عدا الاثنين منتشر

و ممن اباح النكاح الذى يستكتم الشاهدان ابوحنيفة و الشافعى و أبو سليمان و أصحابهم - انتهى ج ٩ ص ٥٦٨.

به من الشهداء[١]، فاذا كملت[٢] الشهادة التى يحل بها النكاح فذلك نكاح العلانية

(١) اى ينعقد النكاح بشهادة عدلين او عدل و عدلتين بالطريق الأولى ، فان الأصل عندنا ان كل من يصلح ان يكون قابلا للعقد بنفسه ينعقد النكاح بشهادته ، و كل من يصلح ان يكون وليا فى نكاح يصلح ان يكون شاهدا فى ذلك النكاح ، و على هذا الأصل قلنا : ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين ، و لا ينعقد عند الشافعى رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه و سلم : لا نكاح الا بولى و شاهدى عدل ؛ و لكنا نقول: ذكر العدالة فى هذا الحديث و الشهادة مطلقة فيما روينا فنحن نعمل بالمطلق و المقيد جميعا مع انه نكر ذكر العدالة فى موضع الاثبات فيقتضى عدالة ما و ذلك من حيث الاعتقاد ، و فى الحقيقة المسألة تبتنى على ان الفاسق من اهل الشهادة عندنا و انما لا تقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب ، و فى الحضور و السماع لا تمكن هذه التهمة فكان بمنزلة العدل ، و عند الشافعى رحمه الله تعالى الفاسق ليس من اهل الشهادة اصلا لنقصان حاله بسبب الفسق ، و يبتنى ايضا على اصل ان الفسق لا ينقص من ايمانه عندنا فان الايمان لا يزيد ولا ينقص ، و الأعمال من شرائع الايمان لا من نفسه ، و عنده الشرائع من نفس الايمان و يزداد الايمان بالطاعة و ينتقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بسبب الفسق كنقصان الحال بسبب الرق و الصغر ، و اعتبر بطرف الأداء فان المقصود اظهار النكاح عند الحاجة اليه و الصيانة عن خلل يقع بسبب التجاحد ، و لا يحصل ذلك بشهادة الفاسق؛ و لكنا نقول: الفسق لا يخرجه من ان يكون اهلا للامامة و السلطنة فان الأئمة بعد الخلفاء الراشدين رضى الله تعالى عنهم قلّ ما يخلو واحد منهم عن فسق فالقول بخروجه من ان يكون اماما بالفسق يؤدى الى فساد عظيم و من ضرورة كونه اهلا للامامة كونه اهلا للقضاء لأن تقلد القضاء يكون من الامام و من ضرورة كونه اهلا لولاية القضاء ان يكون اهلا للشهادة ، و به ظهر الفرق بينه و بين نقصان الحال بسبب الرق و الأداء ثمرة من ثمرات الشهادة ، و فوت الثمرة لا يدل على انعدام الشيء من اصله =

و إن

و إن خفى و ليس بنكاح السر[١] ؛ ألاترى لو أن رجلا جلس وسط المسجد الحرام فنكح و لم يحضره إلا العبيد و النساء لم يجز النكاح و إن كان ظاهرا

= ألا ترى أن بشهادة المستور الذى ظاهر حاله العدالة ينعقد النكاح و لايظهر بمقالته! وكذلك بشهادة ابنته منها - كذا فى مبسوط السرخسى ، و راجع لذلك ج ٢ ص ٣٥٢ من كتاب النكاح من فتح القدير فانه مفيد جدا ، و إذا تأملته يظهر لك وهن ما قال ابن حزم فى المحلى من كتاب الشهادة و من باب الاشهاد فى النكاح ، و التطويل مانع عن النقل .　　(٢) كذا فى الأصول «كملت» من الكمال ، و الأظهر أن يكون «تكاملت» كما فى مواضع من الباب .

(١) لأن الشرط لما كان هو الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا ، و ذلك بشهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا ، قال القائل :

و سرك ما كان عند امرئ　　　و سر الثلاثة غير الخفى

كذا فى المبسوط ؛ و يظهر من فتح القدير القائل الكرخى حيث قال : و قول الكرخى : نكاح السر ما لم يحضره الشهود ، فاذا حضروا فقد اعلن ، قال :

و سرك ما كان عند امرئ　　　و سر الثلاثة غير الخفى صريح

فيما ذكرناه (اى من البحث) فالتحقيق انه لاخلاف فى اشتراط الاعلان ، و انما الخلاف بعد ذلك فى ان الاعلان المشترط هل يحصل بالاشهاد حتى لايضر بعده توصية للشهود بالكتمان اذ لايضر بعد الاعلان التوصية بالكتمان ، او لا يحصل بمجرد الاشهاد حتى يضر ، فقلنا : نعم ، و قالوا : لا ، و لو أعلن بدون الاشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر و هو الاشهاد ، وعندهم يصح ؛ فالحاصل أن شرط الاشهاد يحصل فى ضمنه الشرط الآخر فكل اشهاد اعلان و لا ينعكس ، كما لو اعلنوا بحضرة صبيان او عبيد - انتهى .

حتى يشهد على ذلك الأحرار المسلمون![1] أفلا ترون السرّ ههنا ليس على ما وصفتم! إنما أبطل عمر رضى الله تعالى عنه نكاح السر أنه نكاح لم يتكامل شهادة الشهود عليه .

---

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية بالاضافة . قال فى الهداية : و لا بد من اعتبار الحرية فيها لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية و لا بد من اعتبار العقل و البلوغ لأنه لا ولاية بدونها - انتهى ؛ و تكلم عليه المحقق فى الفتح فراجعه . قال فى المبسوط : فأما بشهادة العبدين و الصبيين لا ينعقد النكاح لأنهما لا يقبلان هذا العقد بأنفسهما و لأنهما لا يصلحان للولاية فى هذا العقد ، و هذا لأن النكاح يعقد فى محافل الرجال و الصبيان و العبيد لايدعون الى محافل الرجال عادة ، فلهذا جعل حضورهما كلا حضورهما ، وعلى هذا الأصل ينعقد النكاح بشهادة رجل و امرأتين عندنا فان المرأة تصلح لذلك و للنساء مع الرجال شهادة اصلية و لكن فيها ضرب شبهة من حيث انه يغلب الضلال و النسيان عليهن كما أشار الله تعالى فى قوله « ان تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » و بانضمام احدى المرأتين الى الأخرى تقل تهمة النسيان و لاتنعدم لبقاء سببها و هى الأنوثة ؛ و لا تجعل حجة فيما يندرئ بالشبهات كالحدود و القصاص . فأما النكاح و الطلاق يثبت مع الشبهات ، فهذه الشهادة فيها نظير شهادة الرجال؛ و لا اشكال ان تهمة الضلال و النسيان فى شهادة الحضور لا تتحقق فكان ينبغى ان ينعقد النكاح بشهادة رجل و امرأة ! و لكنا نقول قد ثبت بالنص ان المرأتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد و بنصف الشاهد لا يثبت شىء . و لهذا لو شهد رجلان و امرأة ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئا ، و سنقرر هذه الأصول فى موضعها من كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى ؛ و اعتمادنا على حديث عمر رضى الله تعالى عنه حيث اجاز شهادة رجل و امرأتين فى النكاح و الفرقة - كذا فى المبسوط .

أخبرنا محمد قال أخبرنا مالك بن أنس عن أبي الزبير[١] أن عمر رضى الله عنه [٢]أتى فى نكاح[٢] لم يشهد عليه إلا رجل [و امرأة][٣] فقال عمر رضى الله عنه: هذا نكاح السر و لا أجيزه[٤] و لو كنت تقدمت فيه لرجمت[٥]؛ فهذا و نحوه الذى ينبغى نكاح السر و لا يجاز[٦] لأن الشهادة لم تكمل فيه، و لو كملت فيه لجاز.

(١) هو الصواب كما فى موطأ مالك و موطأ محمد و شرح الزرقانى و التعليق الممجد، و وقع فى الأصل «ابن الزبير» وهو مصحف غلط؛ و ابو الزبير هو محمد بن مسلم بن تدرس المكى، روى عن جابر و ابن عمر و ابن عباس و ابن الزبير و عائشة، و عنه مالك و ابو حنيفة و شعبة و السفيانان، وثقه ابن المدينى و ابن معين و النسائى، مات سنة ١٢٨ - كذا فى الاسعاف. و راجع ترجمته فى ج ٣ ص ١٣٤ من كتاب الميزان و ج ٩ ص ٤٤٠ من التهذيب و غيرهما من كتب الرجال.

(٢-٢) كذا فى الأصول، و فى موطأ «اتى بنكاح» و فى موطأ الامام محمد «اتى برجل فى نكاح» و الكل صحيح و «أتى» بضم الهمزة.

(٣) ما بين المربعين زيد من الموطئين.

(٤) كذا فى موطأ مالك، و فى موطأ محمد «لا نجيزه» بالجمع لأنه صلى الله عليه و سلم قال «لا نكاح الا بولى و شاهدى عدل» رواه احمد و الطبرانى و البيهقى و غيرهم و اسناده صحيح - كذا فى شرح الزرقانى.

(٥) اى فاعله و جعله سرا لأن الشهادة لم تتم - قاله الزرقانى فى شرحه. و فى التعليق الممجد: و الظاهر أن معناه: لو تقدمت فى هذا الأمر بالمنع و سبقت باقامة الحجة على عدم جوازه و شهرت ذلك ثم فعلت بعد الاطلاع عليه لرجمت، اى: اقمت عليه تعزيرا و عقوبة - اه.

(٦) كذا فى الأصول، ولعله «لا يجوز» كما فى قرينه وقسيمه لجاز بالمجرد الثلاثى - تأمل.

محمد قال: أخبرنا محمد بن أبان بن صالح القرشي[١] عن حماد[١] عن إبراهيم النخعي[٢] أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز شهادة رجل و امرأتين فى النكاح و الفرقة .

محمد قال: أخبرنا عباد بن العوام[٣] قال أخبرنا الحجاج بن أرطاة[١] عن عطاء بن أبى رباح[١] عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يجيز شهادة

(١) مضى فيما مضى مرارا .

(٢) سبق فيما قبل . و الأثر مرسل لأن ابراهيم لم يدرك عمر ، و مراسيله صحيحة كما مر مرارا فى المحلى : و صح عن ابراهيم النخعى انه لا تجوز شهادة النساء فى الطلاق و لا فى النكاح و لا فى الحدود ، و أجاز شهادة امرأتين مع رجل فى العتق و الوصية و الدين - اه . و روينا من طريق ابن ابى سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع عن ابن عمر : لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه غيرهن من عورات النساء و حملهن وحيضهن ؛ ومن طريق ابراهيم بن ابى يحيى عن ابن ضميرة عن ابيه عن جده عن على : لا تجوز شهادة النساء بحتا حتى يكون معهن رجل ؛ و عن عطاء مثل هذا ، و عن عمر بن عبد العزيز مثله ، صح عنهما ؛ و روينا من طريق الحسن بن عمارة عن الزهرى و الحكم بن عتيبة ، قال الزهرى : عن سعيد بن المسيب عن عمر . و قال الحكم : عن على ، ثم اتفق على و عمر : لا تجوز شهادة النساء فى الطلاق و النكاح و لا فى الدماء و لا الحدود ؛ و صح عن ابى الشعثاء جابر بن زيد قبول النساء مع رجل فى الطلاق و النكاح .

(٣) مضى فيما سبق من الأبواب ، و الأثر رواه ابن حزم فى المحلى من طريق ابى عبيد نا هشيم عن حجاج بن ارطاة عن عطاء قال : اجاز عمر بن الخطاب شهادة النساء مع الرجال فى الطلاق و النكاح - انتهى .

النساء مع الرجال فى النكاح[١] .

باب الرجل يتزوج المرأة بمهر مسمى إلى أجل

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجل يتزوج المرأة بمائة دينار إلى سنة . إن هذا النكاح جائز ، و إن تصدقت بمهرها عليه قبل أن تستوفيه فهو جائز ، ولا بأس أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا[٢] . و قال أهل المدينة مثل قول أبى حنيفة ، إلا أنهم قالوا : يكره للرجل أن يمس المرأة

---

(١) به قال الثورى و عثمان البتى و غيرهما . و قد نقله ابن حزم فى المحلى و أطال فيه بنقل المذاهب فى ذلك .

(٢) قال فى الدر المختار ذيل حديث البيهقى و غيره : لا مهر اقل من عشرة دراهم ، و رواية : الأقل تحمل على العجل - انتهى . اى ما يدل بحسب الظاهر من الأحاديث المروية على جواز التقدير بأقل من عشرة ، و كلها مضعفة إلا حديث « التمس و لو خاتما من حديد » يجب حملها على انه المعجل و ذلك العادة عندهم تعجيل بعض المهر قبل الدخول ، حتى ذهب بعض العلماء الى انه لا يدخل حتى يقدم شيئا لها تمسكا بمنعه صلى الله عليه و سلم عليا ان يدخل بفاطمة رضى الله تعالى عنهما حتى يعطيها شيئا ، فقال : يا رسول الله ليس شيء ! فقال : اعطها درعك ؛ فأعطاها درعه - رواه ابو داود و النسائى . و معلوم ان الصداق كان أربعمائة درهم و هى فضة ، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضى الله تعالى عنها قالت : امرنى رسول الله صلى الله عليه و سلم أن ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا - رواه ابو داود : فيحمل المنع المذكور على الندب اى ندب تقديم شيء ادخالا للمسرة عليها ، تألفا لقلبها ، و إذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما خالف ما رويناه عليه جمعا بين الأحاديث ؛ و هذا و ان قيل : انه خلاف الظاهر فى حديث « التمس و لو خاتما من حديد » لكن يجب المصير اليه لأنه قال فيه بعده « زوجتكها =

[1] حتى يعطيها[1] من مهرها شيئا[2] فيستحلها به ، و لا نرى بأسا أن تتصدق عليه بما بقي إذا أخذت بعضه ، و الذى استحلها[3] به زوجها أدنى ما ينكح بمثله من الصداق ربع دينار فصاعدا[4] .

= بما معك من القرآن » فان حمل على تعليمه اياها ما معه او نفى المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى و هو قوله تعالى « أن تبتغوا بأموالكم » فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال ، فوجب كون الخبر غير مخالف له و الا لم يقبل لأنه خبر واحد و هو لا ينسخ القطعى فى الدلالة ؛ و تمام ذلك مبسوط فى الفتح ـ قاله العلامة ابن العابدين الشامى .

(١ - ١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية : قبل ان يعطيها .

(٢) فى شرح الزرقانى : ان مالكا استحب تقديم ربع دينار لا اقل ـ اه .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية : يستحلها .

(٤) مسائل هذا الباب فى مواضع من المدونة . و قال ابن حزم فى المحلى : و قال مالك : لا يدخل عليها حتى يعطيها مهرها الحال ، فان وهبته له اجبر على ان يفرض لها شيئا آخر و لابد ـ انتهى . وهو مروى عن ابن عباس و ابن عمر رضى الله عنهم كما فى المحلى : روينا من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج اخبرنى ابو الزبير انه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول قال ابن عباس : اذا نكح المرأة و سمى لها صداقا فأراد أن يدخل عليها فليلق اليها رداءه او خاتما ان كان معه ؛ و من طريق ابن وهب : حدثنى يونس بن يزيد الأيلى عن نافع عن ابن عمر قال : لا يصلح للرجل ان يقع على المرأة زوجه حتى يقدم اليها شيئا من ما لها ما رضيت به من كسوة او عطاء ؛ قال ابن جريج : و قال عطاء و سعيد ابن المسيب و عمر و هو ابن دينار : لا يمسها حتى يرسل اليها بصداق او فريضة ؛ قال عطاء و عمرو : ان ارسل اليها بكرامة لها ليست من الصداق او الى اهلها فحسبه هو يحلها له ؛ و قال سعيد بن جبير : اعطها و لو خمارا ؛ و قال الزهرى : بلغنا فى السنة ان لا يدخل بامرأة حتى يقدم نفقة او يكسو كسوة ، ذلك مما عمل به المسلمون ـ انتهى .

قال محمد: و لِمَ كرهتم أن يدخل عليها قبل أن يعطيها شيئا إذا رضيت بذلك و رضى به أولياؤها؟! و إن كان الصداق حالا إنما يكره[١] أن يكون أصل النكاح بغير صداق و قيل[٢]: لا نكاح إلا بصداق، فأما إذا نكحها بصداق ثم تصدقت به عليه و أذنت له أن يدخل بها قبل أن يوفيها الصداق فلا بأس عليه بذلك، و قد جاء فى هذا أثر عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و عن غيره:

أخبرنا محمد قال أخبرنا سفيان بن سعيد الثورى[٣] قال حدثنا منصور بن المعتمر عن طلحة بن مصرف عن خيثمة بن عبد الرحمن[٤] الجعفى أن رسول الله

---

(١) يعنى لو كانت الكراهة فأحرى ان تكون فى حالة النكاح بغير صداق و إذ ليس فليس.

(٢) يعنى كما قال القائل: لا نكاح الا بصداق، يشير الى انه قد جاء فى بعض الآثار: «لا نكاح الا بصداق» فكان ذلك اولى بهذا الحكم.

(٣) و لعله سبق فيما تقدم، قال الذهبي فى الميزان: سفيان بن سعيد الثورى الحجة الثبت، متفق عليه مع انه كان يدلس عن الضعفاء و لكن له نقد و ذوق، و لا عبرة بقول من قال: يدلس و يكتب عن الكذابين - انتهى؛ و قال الحافظ فى التقريب: سفيان ابن سعيد بن مسروق الثورى ابو عبد الله الكوفى، ثقة حافظ فقيه، عابد امام حجة، من رؤس الطبقة السابعة، و كان ربما دلس، مات سنة احدى و ستين و له اربع و ستون - انتهى. و منصور وطلحة بن مصرف تقدما فيما سبق.

(٤) ابن ابي سبرة بفتح المهملة و سكون الموحدة، الجعفى الكوفى - كما فى التقريب، من رجال الستة؛ و فى التهذيب: لأبيه و جده صحبة، وفد جده ابو سبرة الى النبي صلى الله عليه و آله و سلم و معه ابناه سبرة و عزيز، روى عن ابيه و على بن ابي طالب و ابن عمر و ابن عمرو و ابن عباس و البراء بن عازب و عدى بن حاتم و النعمان بن بشير و غيرهم من الصحابة و التابعين، و عنه زر بن حبيش و ابو اسحاق السبيعى و طلحة =

صلى الله عليه و آله و سلم جهز امرأة إلى زوجها و لم يعطها شيئا [1] .

= ابن مصرف و عمرو بن مرة الجملي و قتادة و الأعمش و منصور و غيرهم ، قال ابن معين و النسائي : ثقة ، و قال العجلي : كوفي تابعي ، ثقة ، و كان رجلا صالحا ، و لم ينج من فتنة ابن الأشعث احد الا هو و ابراهيم النخعي . و قال مالك بن مغول عن طلحة بن مصرف : ما رأيت بالكوفة أحدا أعجب الى منهما ، قال البخاري : مات قبل ابي وائل ، و قال غيره : مات سنة ثمانين ؛ قلت : و أرخه ابن قانع سنة ٨٠ ، و ذكره ابن حبان في الثقات و ساق بسنده عن نعيم بن ابي هند قال : رأيت ابا وائل في جنازة خيثمة ، و قال عبد الله بن احمد عن ابيه : لم يسمع خيثمة من ابن مسعود ، و كذا قال ابو حاتم ، و قال ابو زرعة : خيثمة عن عمر مرسل ، و قال ابن القطان : ينظر في سماعه من عائشة رضي الله عنها - انتهى .

(١) و الحديث مرسل كما هو ظاهر ، فان خيثمة تابعي لم يلق رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم ، و أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من وجهين مرسلا ، ثم اخرجه من طريق شريك عن منصور عن طلحة بن مصرف عن خيثمة عن عائشة رضي الله عنها موصولا ، و رواه ابو داود في سننه : حدثنا محمد بن الصباح البزاز نا شريك عن منصور عن طلحة عن خيثمة عن عائشة قالت : امرني رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا - انتهى . و هو نص في انه لا يشترط في صحة النكاح ان يعطيها الزوج شيئا قبل الدخول بها ، فالذي امر رسول الله صلى الله عليه و سلم عليا باعطاء الدرع لم يكن للوجوب ؛ قال العلامة السيد ابن عابدين الشامي رحمه الله في رد المحتار بعد ذكر حديث علي رضي الله عنه : لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : امرني رسول الله صلى الله عليه و سلم ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا - رواه ابو داود ؛ فيحمل المنع المذكور على الندب اي ندب تقديم شيء ادخالا للسرة عليها تألفا لقلبها . =

محمد

محمد قال: أخبرنا ابن المبارك عن ابن جريج [1] فى امرأة وهبت لزوجها من صداقها ثم خاصمته فقال: قال عطاء بن أبى رباح و عبد الله بن عبيد بن عمير [2]: ليس لها ذلك؛ قال: فان ادعت أنه أكرهها؟ قال: أفلا أشهد فى السر على ذلك؟!

= و اذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما خالف ما رويناه عليه جمعا بين الأحاديث، و هذا و ان قيل انه خلاف الظاهر فى حديث «التمس و لو خاتما من حديد» لكن يجب المصير إليه لأنه قال فيه بعده «زوجتكها بما معك من القرآن» فان حمل على تعليمه اياها ما معه او نفى المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى «أن تبتغوا بأموالكم» فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له و إلا لم يقبل لأنه خبر واحد و هو لا ينسخ القطعى فى الدلالة، و تمام ذلك مبسوط فى الفتح - انتهى ج ٢ ص ٥٠٩؛ لكن قال ابو داود - كما فى بعض نسخ ابى داود: وخيثمة لم يسمع من عائشة رضى الله عنها، كما فى هوامشه، و نقله فى بذل المجهود أيضا هذا - و الله تعالى أعلم بالصواب.

(١) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموى، مولاهم المكى، ثقة فقيه فاضل، و كان يدلس، و يرسل من السادسة - كذا فى التقريب؛ و هو من رجال الستة. و ابن المبارك و عطاء بن ابى رباح قد تقدما فيما قبل - و الله اعلم.

(٢) عبد الله بن عبيد بن عمير الليثى ثم الجندعى، ابو هاشم المكى، فان ابن جريج روى عنه كما فى ترجمتهما من التهذيب ج ٥ ص ٣٠٨ و ج ٦ ص ٤٠٢. و هو من رجال مسلم و الأربعة، روى عن ابيه - و قيل: لم يسمع منه - و عائشة و ابن عباس و ابن عمر و ام كلثوم امرأة منهم و الحارث بن عبد الله بن ابى ربيعة وعبد الرحمن بن عبد الله ابن ابى عمار و ثابت البنانى وهو من اقرانه و غيرهم، و عنه جرير بن حازم و اسمعيل بن امية و ايوب بن موسى الأمويان و بديل بن ميسرة و ابن جريج و الأوزاعى و عكرمة ابن عمار و عطاء بن السائب و هارون بن ابى ابراهيم و عبد الله بن ابى زياد القداح =

محمد قال: قال سفيان[1] الثورى قال حدثنا منصور ابن المعتمر عن إبراهيم قال: لا يرجع الزوج إذا وهب للمرأة شيئا و لا المرأة.

= و غيرهم؛ قال ابو زرعة: ثقة، و قال ابو حاتم: ثقة يحتج بحديثه، و قال ابو داود: لم يرو عنه شعبة، قال: عندى فى الصلاة على الجنائز بضعة عشر بابا، و قال النسائى: ليس به بأس، قال عمرو بن على: مات سنة ثلاث عشرة و مائة. قلت: و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال: كان مستجاب الدعوة، و قال داود العطار: كان من افصح اهل مكة، وقال محمد بن عمر: كان ثقة صالحا له احاديث، و قال العجلى: تابعى مكى ثقة، و قال ابن حزم فى المحلى: لم يسمع من عائشة، و قال البخارى فى التاريخ الأوسط: لم يسمع من ابيه شيئا و لايذكره، و قال اسحاق: القراب قتل بالشام في الغزو سنة ثلاث عشرة و مائة - قاله الحافظ فى التهذيب. اما عبد الله بن عمير فهو ابو محمد مولى ام الفضل، و قيل: ابنها عبد الله بن عباس، روى عن ابن عباس، و عنه القاسم بن عباس، توفى سنة سبع عشرة و مائة، و كان ثقة قليل الحديث؛ قال ابن المنذر: لا يعرف هو و لا شيخه الا فى هذا الحديث يعنى حديث ابن عباس فى عاشوراء - كما فى التهذيب ج ٥ ص ٣٤٣؛ فليس هو المراد فى هذا الموضع فانه ليس بفقيه و لا مفت و هو مدنى، و ابن جريج و عطاء بن ابى رباح و عبد الله بن عبيد بن عمير. فقهاء مكيون، و المسألة المذكورة فقهية، وقد قرنه ابن جريج فى نقل حكم المسألة بعطاء بن ابى رباح فهو معروف من بينهم بمنصب الافتاء و الفقه، و عبد الله بن عمير غير معروف بذلك - تدبر.

(١) كذا فى الأصول «قال سفيان - الخ»، و هو خلاف دأب الامام محمد رضى الله عنه فانه اذا روى حديثا او اثرا او قول فقيه عن شيوخه يقول «اخبرنا» لا يقول «قال فلان» كما رأيته فى هذا الكتاب من اوله الى هنا، و كذا فى الموطأ و كتاب الآثار له، فلعل «قال» زيادة من الناسخ مكان «اخبرنا» و لو كان قوله «محمد قال قال =

محمد قال أخبرنا سفيان الثورى قال حدثنا عبد الرحمن بن زياد [١] أن عمر بن عبد العزيز كتب بقول إبراهيم .

= سفيان » لكان على محله ، فقوله « قال حدثنا منصور » كلمة « قال » زائدة زادها الكاتب فانه لا معنى لقوله « قال سفيان قال حدثنا - الخ » فانه تكرار زائد بلا فائدة فلا بد من ان يكون زيادة « قال » الثالث من الكاتب ، فالصواب ان يكون هكذا « محمد قال اخبرنا سفيان الثورى قال حدثنا منصور - الخ » او تكون العبارة هكذا « محمد قال قال سفيان الثورى حدثنا منصور - الخ » تدبر .

(١) هو عبد الرحمن بن زياد بن انعم الشعبانى ، ابو ايوب او ابو خالد الافريقى ، القاضى ، من رجال ابى داود و الترمذى و ابن ماجه ، عداده فى اهل مصر ، روى عن ابيه و ابى عبد الرحمن الحبلى و عبد الرحمن بن رافع التنوخى و زياد بن نعيم الحضرمى و عمران ابن عبد المعافرى و جماعة - كما فى ج ٦ ص ١٧٣ من التهذيب ؛ روى عنه الثورى و ابن لهيعة و ابن المبارك وعيسى بن يونس و مروان بن معاوية و ابن ادريس وجماعة ؛ مختلف فيه ، و ثقه جماعة و ضعفه آخرون ، ولى قضاء افريقية لمروان ؛ و قال المقرئ عنه : انا اول من ولد فى الاسلام بعد فتح افريقية - يعنى بها ، و قال عمرو بن على : كان يحيى لا يحدث عنه و ما سمعت عبد الرحمن ذكره الا مرة قال : حدثنا سفيان عن عبد الرحمن بن زياد الافريقى ، و هو مليح الحديث ليس مثل غيره فى الضعف ؛ و قال ابن قهزاذ عن اسحاق بن راهويه : سمعت يحيى بن سعيد يقول : عبد الرحمن بن زياد ثقة ، و قال الدورى عن ابن معين : ليس به بأس و هو ضعيف و هو احب الى من ابى بكر ابن ابى مريم ، و قال يعقوب بن سفيان : لا بأس به و فى حديثه ضعف ، و قال يعقوب بن شيبة : ضعيف الحديث و هو ثقة صدوق رجل صالح ، و قال ابو داود : قلت لأحمد بن صالح : يحتج بحديث الافريقى ؟ قال : نعم ، قلت : صحيح الكتاب ؟ قال : نعم ، و قال الترمذى : و كان البخارى يقوى امره و يقول : هو مقارب الحديث ، =

محمد قال: قال[1] عباد بن العوام قال حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح في الرجل يتزوج المرأة أنه لم ير بأسا أن يدخل عليها قبل أن يعطيها شيئا.

محمد قال: أخبرنا عباد بن العوام عن الحجاج قال: حدثنا من سمع[2]

= و لذا لم يذكره في كتاب الضعفاء له - كما في ج ٢ ص ١٠٤ من ميزان الذهبي؛ و كان احمد بن صالح ينكر على من يتكلم فيه و يقول: هو ثقة، و يقول: من تكلم فيه فليس بمقبول، ابن انعم من الثقات؛ مات في خلافة ابي جعفر سنة ست و خمسين ومائة بافريقية: قال المقرئ: جاوز المائة، و ذكر ابو العرب انه مات سنة احدى و ستين و مائة؛ و كان مولده سنة اربع او خمس و سبعين و مائة؛ كان من اجلة التابعين عدلا في قضائه صلبا، انكروا عليه احاديث ذكرها البهلول بن راشد، و له ترجمة بسيطة في الميزان و التهذيب - فراجعهما.

و قوله «كتب بقول ابراهيم» يعني لا بأس بأن يدخل بها الزوج قبل ان يقدم لها شيئا و لا يرجع الزوج اذا وهب للمرأة شيئا و لا المرأة ترجع اذا وهبت لزوجها شيئا - كما في الباب.

(١) كذا في الأصول «محمد قال قال عباد - الخ» و هو ايضا خلاف دأب الامام محمد في الكتاب، فان لم يكن من الكاتب فكلمة «قال» الثالثة في قوله «قال حدثنا الحجاج» زائدة لا محالة فلابد من اسقاطها من البين، و الا فسوق العبارة على عادة الامام هكذا «محمد قال اخبرنا عباد بن العوام قال حدثنا الحجاج بن ارطاة» الى آخره، او تكون العبارة «محمد قال قال عباد بن العوام حدثنا الحجاج - الخ». و الحجاج و عطاء قد مر مرارا - و الله تعالى اعلم.

(٢) مجهول، و حجاج بن ارطاة يروى عن عطاء و عكرمة و عمرو بن شعيب والشعبي و يحيى بن ابي كثير و طبقتهم، لكنه مدلس؛ و من الرواة عن ابن المسيب ابنه محمد =

سعيد بن المسيب[١] [أنه][٢] لا يرى بأسا بذلك .

محمد قال: أخبرنا سعيد بن أبى عروبة[١] عن قتادة[١] عن سعيد بن المسيب فى رجل تزوج امرأة ثم دخل بها قبل أن يعطيها شيئا قال: لا بأس به .

محمد قال: أخبرنا خالد بن عبد الله عن المغيرة عن إبراهيم أنه كان لا يرى بأسا إذا ملك الرجل عقدة النكاح أن يدخل بها قبل أن يقدم لها شيئا .

[محمد][٣] قال أخبرنا أبو حرة[٤] عن الحسن فى الرجل يتزوج المرأة فيسمى لها صداقا أيدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: لا بأس به أن يدخل بها و لا يعطيها شيئا .

باب الرجلين يدعيان نكاح امرأة

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه فى الرجلين يدعيان نكاح

= و سالم و الزهرى و قتادة و شريك بن ابى نمر و ابو الزناد و سمى و سعد بن ابراهيم وعمرو بن مرة و يحيى بن سعيد الأنصارى و داود بن ابى هند و طارق بن عبد الرحمن و عبد الحميد بن جبير و عبد الخالق و عبد المجيد بن سهيل و ابن المنكدر و عمرو بن مسلم و ابو جعفر الباقر وهاشم بن هاشم و يونس بن يوسف و جماعة - كما فى التهذيب . و روى عن اكثرهم - كما فى التهذيب . و لا ادرى من هو فى السند المذكور .

(١) تقدم فى ابواب كثيرة من الكتاب .

(٢) سقط ما بين المربعين من الأصول .

(٣) سقط ما بين المربعين من الأصول و لا بد منه - كما هو ظاهر .

(٤) بفتح الحاء المهملة و الراء المشددة - كما تقدم فيما قبل . و الحسن هو البصرى و قد تقدم فيما قبل ، اسمه واصل بن عبد الرحمن - كما فى ج ١١ ص ١٠٤ و ج ١٢ ص ٧١ من التهذيب .

امرأة و يأتى كل واحد منهما بالبينة على نكاحه و لا يدرى أيهما نكح قبل: إنها تسئل عن ذلك فأيهما أقرت له بالنكاح فهى امرأته، و إن كذبتهما جميعا لم يكن بينها و بين واحد منهما نكاح. و قال أهل المدينة: تطرح شهادة شهودهما جميعا ثم تنكح من شاءت و شاء وليها نكاحا جديدا[1].

(١) كذا فى الأصول. و لعل الرد من الامام محمد رحمه الله على اهل المدينة سقط من الأصول بسهو الناسخ. كما لا يخفى على صاحب النظر فى آداب الكتاب. و الا لا فائدة فى التبويب على هذه المسألة و هى من مسائل كتاب الدعوى اذا ادعى الرجلان على ثالث؟ و تفصيل المسألة عندنا على ما فى الدر المختار و رد المحتار و البحر و الهندية و الخلاصة و غيرها من كتب الفقه، فان برهنا فى دعوى نكاح سقطا لتعذر الجمع لو حية و لو ميتة، و لم يورخا او استوى تاريخهما قضى به بينهما، و على كل نصف المهر، و يرثان ميراث زوج واحد، و لو ولدت قبل الموت يثبت النسب منهما، و انه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل و هما يرثان من الابن ميراث اب واحد و هى لمن صدقته سواء. سمعه القاضى او برهن عليه مدعيه بعد انكارها له بشرط ان لم تكن فى يد من كذبته و لم تكن دخل من كذبته بها،. اما ان كانت فى يد من كذبته و دخل بها فهو اولى و لا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق عقده الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله لأن الصريح يفوق الدلالة. و لا دخل بها احدهما وهى فى بيت لآخر فصاحب البيت اولى، و هذا اذا لم يؤرخا او ارخا و استويا. فان ارخ الخارجان مطلقا فالسابق احق بها، و ان صدقت الآخر او كان ذا يد او دخل بها و ان لم يوجد شىء يرجع الى تصديق المرأة. فلو ارخ احدهما و صدقت الآخر او كان ذا يد فهى لمن صدقته او لذى اليد. فان لم تقم حجة فهى لمن اقرت له، ثم ان برهن الآخر قضى له، و لو برهن احدهما و قضى له ثم برهن الآخر لم يقض له الا اذا ثبت سبقه لأن البرهان مع التأريخ اقوى منه بدونه، كما لم يقض ببرهان خارج على ذى يد =

= ظهر نكاحه الا اذا ثبت ان نكاحه اسبق ؛ فالحاصل - كما فى البحر - ان سبق التأريخ ارجح من الكل ، ثم اليد ، ثم الدخول ، ثم الاقرار ، ثم تاريخ احدهما ؛ وعن الامام ابي يوسف رضى الله تعالى عنه يقضى للمؤرخ حالة الانفراد على ذى اليد فيقضى هنا للمؤرخ و ان كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند ابى يوسف رضى الله عنه ؛ و راجع كتب الفقه من دعوى الرجلين على الثالث (فرع اجنبي يتعلق بسماع الدعوى) ؛ سئل على ما فى رد المحتار فى شاب امرد كره خدمة من هو فى خدمته لمعنى هو اعلم بشأنه و حقيقته فخرج من عنده فاتهمه انه عمد الى بيته و كسره فى حال غيبته و اخذ منه كذا لمبلغ سماه و قامت امارة عليه بأن غرضه منه استبقاؤه و استقراره فى يده على ما يتواخاه هل يسمع القاضى و الحالة هذه عليه دعواه و يقبل شهادة من هو متقيد بخدمته و اكله وشربه من طعامه و مرقته و الحال انه معروف بحب الغلمان؟ الجواب و لكم فسيح الجنان ؛ الجواب قد سبق لشيخ الاسلام ابى السعود العمادى رحمه الله تعالى فى مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضى سماع مثل هذه الدعوى ، معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة ، و اختلافاتهم فيما بين الناس مشتهرة ؛ و من لفظه رحمه الله تعالى فيها : لابد للحكام ان لايصغوا الى مثل هذه الدعاوى بل يعزر المدعى و يحجزوه عن التعرض لمثل ذلك الغمر المنخدع ؛ و بمثله افتى صاحب تنوير الأبصار لانتشار ذلك فى غالب القرى و الأمصار ، و يؤيد ذلك فروع كثيرة ذكرت فى باب الدعوى تتعلق باختلاف حال المدعى و حال المدعى عليه ، و يزيد ذلك بعد شهادة من بعشائه يتعشى و بغدائه يتغدى ، فلا حول و لا قوة الا بالله العلى العظيم ، انا لله و انا اليه راجعون ، ما شاء الله كان و ما لم يشأ لم يكن . و الله تعالى اعلم - فتاوى خيرية ؛ و عبارة المصنف فى فتاواه بعد ذكر فتوى ابى السعود : و انا اقول ان كان الرجل معروفا بالفسق و حب الغلمان و التحيل لا تسمع دعواه و لايلتفت القاضى لها و ان كان معروفا بالصلاح و الفلاح فله سماعها ؛ و الله تعالى اعلم - اه . =

= و فى ج ٢ ص ١٨٨ من المدونة الكبرى : قلت : أرأيت ان اقمت البينة على المرأة انها امرأتى و اقام رجل البينة انها امرأته و لا يعلم ايهما الأول و المرأة مقرة بأحدهما او مقرة بهما جميعا او منكرة لهما جميعا ؟ قال : اقرارها و انكارها عندى واحد ، و لم اسمع من مالك فيه شيئا الا ان الشهود اذا كانوا عدولا كلهم فسخ النكاحان جميعا و نكحت من احبت من غيرهما او منهما و كان فرقتهما تطليقة ، و ان كانت احدى البينتين عادلة و الأخرى غير عادلة جعلت النكاح لصاحب العادلة منهما ؛ قلت : و ان كانت واحدة اعدل من الأخرى ؟ قال : افسخهما جميعا اذا كانوا عدولا كلهم لأنهما كلتاهما عدلة ، و لايشبه هذا عندى البيوع ؛ قلت : لم ؟ قال : لأن السلع لو ادعى رجل انه اشترى هذه السلعة من هذا الرجل و اقام البينة و ادعى رجل آخر انه اشتراها من ربها و اقام البينة قال : قال مالك : ينظر الى اعدل البينتين فيكون الشراء شراءه ؛ قلت : أرأيت ان صدق البائع احدى البينتين و اكذب البينة الأخرى ؟ قال : لاينظر الى قول البائع فى هذا - انتهى . و قال فى الهداية ج ٣ ص ٢٦٠ : لأصحابنا من كتاب الدعوى فى باب ما يدعيه الرجلان قال : فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة و اقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك ؛ (و إلا قضى به بينهما لحديث تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة اخرجه الطبرانى موصولا) قال : و يرجع الى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين و هذا اذا لم يوقت البينتان ، و اما اذا وقتا فصاحب الوقت الأول اولى ، و ان اقرت لأحدهما قبل اقامة البينة فهى امرأته لتصادقهما ، و ان اقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة اقوى من الاقرار . و لو تفرد احدهما بالدعوى و المرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى ثم ادعى آخر و اقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه . الا ان يوقت شهود الثانى سابقا لأنه ظاهر الخطأ فى الأول بيقين . وكذا اذا كانت المرأة فى يد الزوج و نكاحه ظاهر =

باب

باب الرجل يريد أن يزوج ابنته البكر فتحلف بعتق مماليكها أو بصدقة مالها

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى البكر يريد أبوها أن يزوجها فتحلف بعتق مماليكها أو بصدقة مالها أن لا يتزوجها الذى يزوجها أبوها ثم يزوجها على ذلك: إنه يقع عليها ما حلفت عليه من عتاق أو صدقة، و لا يجوز النكاح إلا برضاها (١). و قال أهل المدينة: النكاح جائز، و ليس

= لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق ـ انتهى .

و حديث تميم بن طرفة رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه و كذا عبد الرزاق فى مصنفه و البيهقى فى المعرفة بطريق الارسال، و وصله الطبرانى فى معجمه، و يشده حديث ابى موسى الأشعرى رضى الله عنه اخرجه ابو داود فى سننه و احمد فى مسنده و الحاكم فى مستدركه و قال: صحيح على شرط الشيخين، ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد النبى صلى الله عليه و سلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبى صلى الله عليه و سلم بينهما نصفين؛ قال المنذرى: اسناده كلهم ثقات؛ و الحديث رواه ابو داود و النسائى و ابن ماجه من وجه آخر؛ و التفصيل فى عقود الجواهر المنيفة و نصب الراية وغيرهما من كتب الحديث . و فى الباب اخبار اخر فى التخريج و العقود .

(١) لأنها بالغة و الولاية عليها مندوبة لا جبرية، و الأيم احق بنفسها من وليها؛ و قد روى الامام ابو حنيفة رضى الله عنه: حدثنا شيبان بن عبد الرحمن عن يحيى بن ابى كثير عن المهاجر بن عكرمة عن ابى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم « لا تنكح البكر حتى تستأمر، و رضاها سكوتها . و لا تنكح الثيب حتى تستأذن » كذا رواه ابن خسرو و طلحة و الحسن بن زياد و الأشنانى و الكلاعى، و اخرجه الستة بلفظ « لا تنكح الأيم حتى تستأمر، و لا البكر حتى تستأذن؛ =

= قالوا: يا رسول الله ! كيف اذنها ؟ قال: ان تسكت » . و فى الباب عن عائشة عند البخارى و مسلم و عن ابن عباس عند مسلم . و فى عقود الجواهر : ابو حنيفة عن مالك بن انس عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم « الأيم احق بنفسها من وليها ، و البكر تستأذن فى نفسها ، و صماتها اقرارها » هكذا رواه ابن خسرو و ابن عبد الباقى و الحاكم من طريق بكار بن الحسن عن اسمعيل بن حماد بن ابى حنيفة عن ابيه عن جده ، و رواه ابن خسرو من طريق اخرى عن حماد عن مالك ؛ . قد اخرجه الجماعة الا البخارى من حديث ابن عباس بألفاظ مختلفة متقاربة المعنى . و فى الفتاوى الهندية : و لا يجوز النكاح على بالغة صحيحة العقل من اب او سلطان بغير اذنها بكرا كانت او ثيبا ، فان فعل ذلك فالنكاح موقوف على اجازتها ، فان اجازته جاز و ان ردته بطل - كذا فى السراج الوهاج .

اعلم انهم قالوا فى الحديث المذكور : انه من رواية الامام عن مالك بن انس ، اخرجه الحاكم هكذا ، و قد ثبتت روايته عنه - كما ذكره الدارقطنى وغيره ؛ و انما هى من باب المذاكرة ، و لم يقصد الرواية عنه ؛ و قد وقع له عنه هذا الحديث ، وحديث آخر اخرجه الخطيب فى رواة مالك من طريق القاسم بن الحكم العرنى : حدثنا ابو حنيفة عن مالك عن نافع عن ابن عمر قال: اتى كعب بن مالك النبى صلى الله عليه و سلم فسأله عن راعية له - الحديث ؛ و لا عجب فى رواية الأكابر عن الأصاغر ، و هو شائع فيما بين المحدثين ، و لكنك تعلم ان نافعا و عبد الله بن الفضل و نافع بن جبير كلهم من شيوخ الامام ابى حنيفة ، يروى عنهم الامام بلا واسطة احد ، كما فى جامع المسانيد وكتاب الآثار و فى هذا الكتاب ، وعندى ان الواو العاطفة سقطت من البين ، و كان فى الأصول « حدثنا ابو حنيفة و مالك عن نافع - الخ » و « حدثنا ابو حنيفة و مالك عن عبد الله بن الفضل » الى آخره ؛ و اذا طالعت جامع المسانيد و غيره من الكتب وجدت تصديق قولى - و العلم عند الله تعالى .

لها يمين فى عتاق و لا صدقة ، إنه مولى عليها .

و قال محمد : و كيف يكون البكر البالغة مولى عليها ؟ قالوا : لأنه لا يجوز لها مسمى حتى تحول حولا فى بيت زوجها أو تلد بطنا[١] . قيل لهم : فانها لم تتزوج[٢] زوجا و بلغت فى بيت أبيها و هى بكر ستين سنة حتى كانت هى القيمة على بيت أبيها إنها تعمل[٣] برأيها و بيتها[٤] إلى أمرها أ يجوز[٥] أن تشترى لنفسها الرقيق و تبيع ؟ قالوا : هذا جائز إلا أن يرده الأب ، فان رده الأب فهو باطل ، و كذلك إن أعتقت أو تصدقت . قيل لهم : فان أعتق الأب رقيقها ؟ قالوا : نرى أن العتق جائز و يغرم الوالد قيمة من أعتق[٦] لها . ثم إنهم رجعوا[٧] عن هذا[٨] و وقفوا فيه و لم يمضوا عتقا و لم يبطلوه ؛ قيل لهم : هذا كله باطل ، و عتقها و بيعها و شراؤها و صدقتها جائزة إذا كانت قد بلغت و عقلت و أونس منها رشد ، و ما المرأة فى هذا إلا كالغلام إذا بلغ و أونس منه الرشد .

---

(١) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « بعد » مكان « بطنا » .

(٢) لعله « ان لم تتزوج » باثبات « ان » الشرطية - تأمل فى العبارة .

(٣) اى فى بيت الأب ، لكونها بالغة صحيحة العقل و التدبير .

(٤) مبتدأ ، و الخبر الظرف بعده . و نسبة البيت اليها مع كونه لأبيها لأدنى ملابسة و لكونها مقيمة فى بيته من زمن مديد . و الجملة حالية .

(٥) اى لها ، يعنى للبنت البالغة .

(٦) اى من المماليك الذين فى ملكها . و الاضافة لامية كما فى « غلام زيد » اى غلام لزيد ؛ يعنى : من اعتقه من مما ليكها .

(٧) و فى الأصول « يرجعون » و الصواب « رجعوا » يدل عليه قوله « و وقفوا » - ف .

(٨) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « عن ذلك » - ف .

باب القسم[1] بين النساء

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجل يتزوج المرأة و عنده امرأة أخرى و التى تزوج بكرا أو ثيبا : إنه لايقيم عند التى تزوج إلا كما يقيم عند الأخرى ، فان شاء يسبّع[2] للتى تزوج و يسبع للأخرى ، و إن شاء ثلث للتى تزوج و ثلث للاخرى ، و إن شاء فليلة و يوم للتى تزوج و للأخرى مثل ذلك ، و لا يكون عنـد التى تزوج إلا كما يكون عند الأخرى . و قال أهل المدينة : إن كانت التى تروج بكرا أقام عندها سبعا ، و إن كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا قبل أن يقسم للتى عنده ثم يقسم بينهما بعده .

---

(١) بفتح القاف القسمة ، و بالكسر النصيب ؛ قال فى المغرب : القسم بالفتح مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ، و منه القسم بين النساء ـ اه . اى لأنه يقسم بينهن البيتوتة و نحوهـا . و فى المصباح : قسمته قسما من باب ضرب ، و الاسم القسم ثم اطلق على الحصة و النصيب فيقال : هذا قسمى ، و الجمع اقسام مثل حمل و احمال ، و اقتسموا المال بينهم ، و الاسم القسمة ، و اطلقت على النصيب ايضا و جمعها قسم مثل سدرة و سدر ، و يجب القسم بين النساء ـ اه . فعلم ان القسم هنا مصدر على اصله ، و يصح ان يراد به القسمة اى الاقتسام او النصيب ، تأمل ـ قاله فى رد المحتار ؛ و العدل فيه بمعنى عدم الجور واجب ؛ و ظاهر الآية انه فرض ـ كما فى النهر ؛ فان قوله تعالى « فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة » امر بالاقتصار على الواحدة عند خوف الجور فيحتمل انه للوجوب ، فيعلم ايجاب العدل عند تعددهن ـ كما قاله فى الفتح ؛ او للندب فيعلم ايجاب العدل من حيث انه يخاف على ترك الواجب ـ كما فى البدائع ؛ و على كل فقد دلت الآية على ايجابه ، تأمل ـ قاله العلامة السيد ابن عابدين فى رد المحتار .

(٢) كذا فى الأصول « يسبّع » بصيغة المضارع فى الموضعين ، و الأظهر عنـدى =

= « سبع » بالماضى فى الموضعين كما هو بعده فى قوله « ثلث » و كما هو فى الحديث .

مزيدة على الباب

قال الامام محمد فى الموطأ : اخبرنا مالك حدثنا عبد الله بن ابى بكر عن عبد الملك بن ابى بكر بن الحارث بن هشام عن ابيه ان النبي صلى الله عليه و آله و سلم حين بنى بأم سلمة قال لها حين اصبحت عنده : ليس بك على اهلك هوان . ان شئت سبعت عندك و سبعت عندهن ، و ان شئت ثلثت عندك و درت ؟ قالت : ثلث ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، ينبغى إن سبع عندها أن يسبع عندهن لا يزيد لها عليهن شيئا ، و ان ثلث عندها ان يثلث عندهن ، و هو قول ابى حنيفة و العامة من فقهائنا - انتهى . قال ابن عبد البر : ظاهر الحديث الانقطاع اى الارسال ، و هو متصل صحيح قد سمعه ابو بكر من ام سلمة كما فى صحيح مسلم و سنن ابى داود و ابن ماجه من طريق محمد بن ابى بكر عن عبد الملك عن ابيه عن ام سلمة - قاله الزرقانى فى شرح الموطأ و تنوير الحوالك ، كما فى التعليق الممجد . و فى الدر المختار : و البكر و الثيب و الجديدة و القديمة و المسلمة و الكتابية سواء لاطلاق الآية - اه ؛ اى قوله تعالى « و لن تستطيعوا ان تعدلوا » اى فى المحبة فلا تميلوا فى القسم - قاله ابن عباس ؛ و قوله تعالى « و عاشروهن بالمعروف » و غايته القسم ، و قوله تعالى « فان خفتم ان لا تعدلوا » و لاطلاق احاديث النهى ، و لأن القسم من حقوق النكاح و لا تفاوت بينهما فى ذلك ؛ و اما ما روى من نحو « للبكر سبع و للثيب ثلاث » فيحتمل ان المراد التفضيل فى البداءة دون الزيادة فوجب تقديم الدليل القطعى - كما فى البحر ؛ و قال فى شرح درر البحار : ان الحديث لا يدل على نفس التسوية بل على اختيار الدور بالسبع و الثلاث جمعا بينه و بين ما روينا - اه . و يقيم عند كل واحدة منهن يوما و ليلة ، لكن انما تلزمه التسوية فى الليل حتى لو جاء للاولى بعد الغروب و للثانية بعد العشاء فقد ترك القسم و لا يجامعها فى غير نوبتها ، و كذلك لا يدخل عليها الا لعيادتها ، و لو اشتد ففى الجوهرة : لا بأس ان يقيم عندها حتى =

قال محمد: وكيف قلتم هذا و قد جاء الحديث عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حين تزوج أم سلمة[١] رضى الله تعالى عنها أنه صلى الله عليه و سلم قال لها: «إن شئت سبّعت لك و سبعت لهن، و إن شئت درت عليك و عليهن»!

قال محمد: و كذلك أخبرنا أبو حنيفة[٢] عن الهيثم بن أبي الهيثم[٣] قال:

= تشتى او تموت - اه. يعنى اذا لم يكن عندها من يؤنسها، و لو مرض هو فى بيته دعا كلا فى نوبتها لأنه لو كان صحيحا و اراد ذلك ينبغى ان يقبل منه - نهر؛ و ان شاء ثلاثا اى ثلاثة ايام و لياليها، و لا يقيم عند احداهما اكثر الا باذن الأخرى - خلاصة؛ زاد فى الخانية: و الرأى فى البداءة فى القسم إليه، و كذا فى مقدار الدور - هداية و تبيين؛ و قيده فى الفتح بحثا بمدة الايلاء او جمعة، و عممه فى البحر، و نظر فيه فى النهر - قاله فى الدر المختار شرح تنوير الأبصار.

(١) كذا فى الأصل، و زاد فى الهندية «سلمة ام المؤمنين».

(٢) فى عقود الجواهر: ابو حنيفة عن الهيثم ان النبي صلى الله عليه و آله وسلم لما تزوج ام سلمة اولم عليها سويقا و تمرا و قال «ان سبعت لك سبعت لصواحبك» كذا رواه محمد بن الحسن عنه، و اخرجه مسلم بلفظ: لما تزوج ام سلمة اقام عندها ثلاثا و قال «انه ليس بك على اهلك هوان ان شئت سبعت لك و ان سبعت لك سبعت لنسائى» وعن ابي بكر بن عبد الرحمن انه صلى الله عليه و آله وسلم حين تزوج ام سلمة و اصبحت عنده قال لها «ليس بك على اهلك هوان ان شئت سبعت عندك و سبعت عندهن، و ان شئت ثلثت عندك و درت» قالت: ثلث؛ و فى لفظ آخر «ان شئت ان اسبع لك و اسبع لنسائى»؛ و لم يخرج البخارى عن ام سلمة فى هذا شيئا، و اخرجه الطحاوى من طريق مالك وسفيان عن عبد الله بن ابي بكر عن عبد الملك بن ابي بكر بن عبد الرحمن عن ابيه، و من طريق ثابت عن ابن عمر بن ابي سلمة عن ابيه، و من طريق حبيب =

لما تزوج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أم سلمة فبنى بها أولم عليها سويقا و تمرا و قال «إن شئت سبّعت لك و سبعت لصواحبك»[1] .

و قال أهل المدينة: إنما روى عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال لأم سلمة «إن شئت سبعت لك و سبعت لهن ، و إن شئت ثلثت و درت عليهن» . قيل لهم: هذا حديث ينبغي لكم أن تعرفوا أنه ليس كما رويتم ،

= ابن ابي ثابت عن عبد الحميد بن عبد الله و القاسم بن محمد كلاهما عن ابي بكر بن عبد الرحمن ؛ و معنى الحديث «ان سبعت لك سبعت لنسائي» اى اعدل بينك و بينهن فأجعل لكل واحدة منهن سبعا كما اقمت عندك سبعا - انتهى . (٣) هو الهيثم بن حبيب ابي الهيثم الصيرفي الكوفي ، اخو عبد الخالق بن حبيب ، روى عن عكرمة و عون ابن ابي جحيفة و عاصم بن ضمرة و حماد بن ابي سليمان و محارب بن دثار و الحكم بن عتيبة ، و عنه ابو حنيفة و زيد بن ابي انيسة و المسعودي و شعبة وحفص بن ابي داود و ابو عوانة و قال: قال لي شعبة: الزم الهيثم الصيرفي . و قال الأثرم : اثنى عليه احمد و قال: ما احسن احاديثه و اشد استقامتها ! ليس كما يروى عنه اصحاب الرأى ، و قال اسحاق بن منصور عن ابن معين: الهيثم بن حبيب الصيرفي ثقة ، و قال ابو زرعة و ابو حاتم: ثقة في الحديث صدوق ، و ذكره ابن حبان في الثقات - قاله الحافظ في التهذيب ؛ و قال في التقريب: ذكره عبد الغنى و لم يذكر من اخرج له ، قال المزى: يشبه ان يكون في المراسيل و يرقم له صد - انتهى .

(١) قلت: ظاهر الحديث انه مرسل ، و عرفت انه صحيح مرفوع متصل السند . و راجع ج ٢ ص ١٦ من شرح معاني الآثار للطحاوي باب مقدار ما يقوم الرجل عند الثيب او البكر اذا تزوجها ، قال الطحاوي بعد سرد الروايات من الفريقين في خاتمة الباب: قالوا: فلما قال لها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم «ان سبعت لك سبعت لنسائي» اى اعدل بينك و بينهن فأجعل لكل واحدة منهن سبعا كما اقمت =

إن كانت الثلاث وجبت لها عليهن فكيف يقول «إن شئت سبعت لك و سبعت لهن»؟! إنما ينبغي إن كانت الثلاث وجبت أن يقول «إن شئت ثلثت و درت عليهن، و إن شئت سبعت لك فيكون لك الثلاث ثم يكون لكل واحدة منهن أربع ليال مثل ما درتك[1]»! قالوا: لأنا[2] نقول: إن سبع

= عندك سبعا كان كذلك ايضا، اذا جعل لها ثلاثا جعل لكل واحدة منهن ثلاثا ايضا، و قال اصحاب المقالة الأولى: فما معنى قوله «ثم ادور»؟ قيل لهم: يحتمل: ثم ادور بالثلاث عليهن جميعا؛ لأنه لو كانت الثلاث حقا لها دون سائر النساء لكان اذا اقام عندها سبعا لكانت ثلاث منهن غير محسوبة عليها، و لوجب ان يكون لسائر النساء اربع اربع، فلما كان الذى للنساء اذا قام عندها سبعا سبعا لكل واحدة منهن كان كذلك، و اذا اقام عندها ثلاثا لكل واحدة منهن ثلاث ثلاث، هذا هو النظر الصحيح مع استقامة تأويل هذه الآثار عليه، و هو قول ابي حنيفة و ابي يوسف و محمد رحمة الله عليهم اجمعين - انتهى.

(١) يعنى ان كانت الثلاث واجبة لها - كما زعمتم - فكيف قال صلى الله عليه و سلم «ان شئت سبعت لك و سبعت لهن»؟ بل يقول: ان شئت ثلثت و درت عليهن، و ان شئت سبعت لكون الثلاث واجبة حقا لك؛ و يكون لكل واحدة منهن اربع اربع! و هو معنى قوله «و درت» على زعمكم، و لم يقل صلى الله عليه و سلم ذلك فسقط الاستدلال بالحديث، و الآيات و الأحاديث سوى حديث انس و ام سلمة رضى الله عنهما مطلقة كقوله تعالى «و لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النسآء و لو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة» و قوله تعالى «فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم» بعد احلال الأربع بقوله تعالى «فانكحوا ما طاب من النسآء مثنى و ثلاث و رباع» فاستفيد منه ان حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل، و ثبوت المنع عن اكثر من واحدة عند عدم خوفه، فعلم ايجابه عند تعددهن، و اما قوله صلى الله عليه و سلم «استوصوا بالنساء خيرا» فلا يخص حالة تعددهن، و لأنهن رعية الرجل =

لها

لها بطل الثلاث، و إن ثلث لهن لم يبطل . قيل لهم: فكيف يبطل الثلاث وهو حق هن و قد بدأ لها به! و إنما الأربع زيادة [٢] ينبغى أن يسبع [٣] لها

= و كل راع مسؤل عن رعيته، و انه فى امر مبهم يحتاج الى البيان لأنه اوجبه و صرح بأنه مطلقا لا يستطاع، فعلم ان الواجب منه شيء معين، و كذا السنة جاءت فيه بجملة، روى اصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضى الله عنها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه و سلم يقسم فيعدل و يقول «هـذا قسمى فيما املك فلا تلمنى فيما تملك و لا املك» يعنى القلب اى زيادة المحبة. فظاهره ان ما عداه داخل تحت ملكه وقدرته يجب التسوية فيه. وكذا ما روى اصحاب السنن الأربعة و الامام احمد و الحاكم من حديث ابى هريرة عنه صلى الله عليه و آله و سلم انه قال «من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة و شقه مائل» اى مفلوج، و لفظ ابى داود و النسائى «فمال الى احداهما على الأخرى» فلم يبين فيما ذا، و قد فرق الامام الشافعى رحمه الله تعالى بين الجديدة و القديمـة و بين البكر و الثيب و احتج بحديث أنس و ام سلمة رضى الله عنهما، و باب الكتاب معقود للرد عليه، و لنا ما تلونا من الآيات و ما روينا من الأحاديث من غير فصل بين القديمة و الجديدة و بين البكر و الثيب بالسبع و الثلاث، و لأن القسم من حقوق النكاح . لا تفاوت فى ذلك فلا تفاوت بينهن فى القسم، و تخصيص القديمة اولى لأن الوحشة فيها متحققة و فى الجديدة متوهمة و ازالة تلك النفرة تمكن بأن يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات، و لم تنحصر بتخصيصها - كذا فى فتح القدير و الهداية و الكفاية و العناية . و رواية السبع و الثلاث محمولة على التفضيل بالبداءة دون الزيادة، كما فى حديث ام سلمة الذى الكلام فيه، و قد اوضحه الامام محمد رحمه الله . (٢) فى الأصول «لنا» وهو مصحف و الصحيح «لأنا».

(١) اى بزعمكم قد وجب لها .

(٢) اى على حقها الذى كان واجبا عندكم .

(٣) كذا فى الأصول «أن يسبع» بأن الناصبة و صيغة المضارع، و الصواب عندى =

ان يكون أربع أربع[1]، لأن الثلاث لها و لا شك فيها، و لكنا نقول: إذا جاء الحديث عن رسول الله صلى الله عليه و سلم فاختلف الرواة[2] ظننا برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الذى هو أهنى و أهدى[3]، و ما حق المتزوجة[4] و الأخرى[5] بالحرمة لها إلاسواء، و ما نرى أن رسول الله صلى الله

= «إن سبع لها» بان الشرطية و بصيغة الماضى - تأمل.

(١) اى لكل واحدة منهن اربع اربع، لأن الثلاث لها من حقها الواجب و بقيت اربع زائدة على حقها.

(٢) كذا فى الأصل، اى و اختلف الرواة فى رواية الحديث، منهم من روى على الاطلاق و منهم من روى على التقييد، كما فى حديث انس و ام سلمة رضى الله عنهما؛ و فى الهندية «و اختلف الرواية» و معناه: و اختلفت الرواية عنه صلى الله عليه و سلم، كما فى حديث ام سلمة رواه بعضهم على ما قال اهل المدينة و بعضهم على ما قال به اهل العراق من التسوية بين البكر و الثيب لا فرق بينهما، كما بينه الامام محمد رحمه الله تعالى.

(٣) كذا فى الأصول «اهدى» من الهداية. و هو لا يناسب المقام، و لعله مصحف من «احرى» بمعنى أليق. و هو يناسب بقوله «اهنى» من الهنى - كما لا يخفى على الفطن الذكى.

(٤) اى الجديدة.

(٥) اى القديمة؛ و لا فضل لاحداهما على الأخرى فى حرمة النكاح و حقوقه، غير القسم لأنه من حقوق النكاح، و لا تفاوت بينهن فى ذلك، و البكر و الثيب و الجديدة و القديمة سواء. اعلم ان المروى ان لم يكن قطعى الدلالة فى التخصيص وجب تقديم الآية، و الحديث المطلق لوجوب التسوية و ان كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فانه لا يعارض ما روينا و تلونا لأن مقتضاهما العدل. و اذا ثبت التخصيص =

عليه و آله و سلم آثر متزوجة على غيرها و لا آثر بكرا على ثيب، و ما حدهما و حرمتهما إلا سواء، و ما نرى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لأم سلمة إلا كما روينا «إن شئت سبعت لك و سبعت لهن، و إن شئت درت عليك و عليهن» و هذا أولى برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم مما قلتم؛ و الحديث الذى رويتم معناه عندنا على ما قلنا لأنه قال «إن شئت سبعت لك و سبعت لهن، و إن شئت ثلثت لك و درت عليهن» فهذا معناه عندنا: إن شئت ثلثت لك و درت عليهن ثلاثا ثلاثا كما ثلثت لك؛ لأن أول الحديث يدخل على آخره[1] لأنه لم يكن يرى لها تفضلا فى أوله عليهن حين قال «إن شئت سبعت لك و سبعت لهن» فكذلك الأمر فى آخره، إنما معناه أن: أدور عليهن بمثل ما فعلت بك[2].

= شرعا كان هو العدل فانا نراه لم ينحصر فى التسوية بل يتحقق مع عدمها تعارض و هو رق احدى المرأتين، حتى كان العدل ان يكون لاحداهما يوما و للأخرى يومين، فليكن ايضا بتخصيص الجديدة الدهشة بالاقامة سبعا ان كانت بكرا و ثلاثا ان كانت ثيبا لتألف بالاقامة و تطمئن - هذا، و كما لا فرق بين الجديدة و القديمة كذلك لا فرق بين البكر و الثيب و المسلمة و الكتابية الحرتين و المجنونة التى لا يخاف منها و المريضة و الصحيحة و الرتقاء و الحائض و النفساء و الصغيرة التى يمكن و طؤها و المحرمة و المظاهرة منها و مقابلاتهن - قاله فى فتح القدير، للمساواة بينهن فى سبب هذا الحق و هو الحل الثابت بالنكاح - كذا فى العناية.

(١) اى يجرى حكمه على آخره لأنه لا فضل عليهن فى اوله، كذلك يكون فى آخره - كما اوضحه الامام محمد رحمه الله تعالى.

(٢) قال الامام الشافعى رحمه الله تعالى فى كتابه «الأم» ج ٥ ص ٩٩ خالفنا بعض الناس فى القسم للبكر و الثيب و قال: يقسم لها اذا دخلا كما يقسم لغير هما، لا يقام عند =

باب الحرة و الأمة تـكونان تحت الحر[١]

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه: الحرة و الأمـة تـكونان تحت الحر أو تحت العبد: إن القسم بينهما: للحرة ليلتان و للأمة يوم و ليلة . و قال أهل المدينه: القسم بينهما من نفسه سواء .

= واحدة منهما شيء الا اقيم عند الأخرى مثله . فقلت: قال الله تبارك و تعالى « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم » أفتجد السبيل الى علم ما فرض الله جملة انها اثبت و اقوم فى الحجة من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ؟ قال: لا ؛ فذكرت له حديث ام سلمة، قال: فهى بينى و بينك أليس قال رسول الله صلى الله عليه و سلم « ان شئت سبعت عندك و سبعت عندهن ، و ان شئت ثلثت عندك و درت » ؟ قلت: نعم ؛ قال: فلم يعطها فى السبع شيئا الا اعلمها انه يعطى غيرها مثله ، فقلت له: انها كانت ثيبا فلم يكن لها الا ثلاث فقال لها: ان اردت حق البكر و هو اعلى حقوق النساء و اشرفه عندهن بعفوك حقك اذا لم تـكونى بكرا فيكون لك سبع فعلت، و ان لم تريدى عفوه و اردت حقك فهو ثلاث ؛ قال: فهل له وجه غيره ؟ قلت: لا ، انما يخبر من له حق يشركه فيه غيره من ان ينزل من حقه ، فقلت له: يلزمك ان تقول مثل ما قلنا لأنك زعمت انك لا تخالف الواحد من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ما لم يخالفه مثله و لا نعلم مخالفا له، و السنة الزم لك من قوله فتركتها و قوله - انتهى . و الامام محمد رحمه الله اجاب عنه و اوضح الجواب هنا - كما علمت من الكتاب .

(١) اى فيقسم بينهما . كما هو فى الكتاب « للحرة ليلتان » اى و يومان ، و للأمة يوم و ليلة ، و به قال ابراهيم النخعى - كما سيأتى فى الباب . و فى ج ١٠ ص ٤١ من المحلى: و قال ابو حنيفة: من كانت له زوجة حرة و زوجة مملوكة فللحرة ليلتان و للمملوكة ليلة ؛ و روينا ذلك عن على و مسروق و محمد بن على بن الحسين و الشعبى و الحسن و عطاء و سعيد بن جبير و سعيد بن المسيب وعثمان البتى و الشافعى ، و قال مالك و الليث و =

و قال محمد: كيف خفي هذا على من نظر في الفقه و جالس العلماء! و الآثار في هذا كثيرة معروفة عن على ابن أبي طالب رضي الله عنه و غيره أنه قال: لا تنكح الأمة على الحرة، و تنكح الحرة على الأمة، و يقسم للحرة يومان و للأمة يوم؛ و هذا ما لا اختلاف فيه عند أهل العلم. فقالوا: قد زعمتم أنكم تسوون بين البكر و الثيب المتزوجين و بين التي كانت عنده كراهة الجور في ذلك. و هاتان امرأتان فكيف فضلتم إحداهما على الأخرى؟ قيل لهم: و هل كانت الحرة و الأمة في أمر يجب إلا و الأمة فيه على النصف من أمر الحرة؟ إن كان حدا فعليها نصف حد الحرة، و إن كانت عدة فعليها نصف عدة الحرة، إلا أنه قيل: في الحيضة حيضتان[1].

قال محمد: قال عمر رضي الله عنه فيما بلغنا[2] لو استطعت أن أجعلها

= ابو سليمان: القسمة لهما سواء، و احتج من رأى للحرة يومين و الأمة يوما بأنه روى في ذلك حديث مرسل و انه عن على و لا يعرف له في ذلك مخالف من الصحابة رضي الله عنهم و انه قول جمهور السلف، و قالوا: لما كانت عدة الأمة وحدها نصف عدة الحرة وحدها وجب ان تكون قسمتها نصف قسمة الحرة - انتهى. و سيأتي الجواب عما اورد عليه ابن حزم من النقض على زعمه.

(١) في الأصول «حيضتين» بالجر و الصحيح «حيضتان» و يمكن ان يكون تقدير العبارة هكذا «ان لها حيضتين» فيكون صحيحا بالنصب على كونه اسم «ان» - تأمل.

(٢) قد مر مرارا ان بلاغات الامام محمد مسندة. و في ج ١٠ ص ٣٠٦ من المحلى: روينا من طريق الحجاج بن المنهال نا حماد بن زيد عن عمرو بن اوس الثقفي ان عمر ابن الخطاب قال: لو استطعت ان اجعل عدة الأمة حيضة و نصفا لفعلت؛ فقال له رجل: يا امير المؤمنين! فاجعلها شهرا و نصفا؛ و من طريق عبد الرزاق نا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول: جعل لها عمر حيضتين، يعني الأمة =

= المطلقة ؛ و من طريق عبد الرزاق عن سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى آل طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عمر بن الخطاب قال: ينكح العبد اثنتين و يطلق تطليقتين ، و تعتد الأمة حيضتين ، فان لم تحض فشهرين ، و قال : فشهرا و نصفا ؛ و من طريق عبد الرزاق عن معمر عن المغيرة عن ابراهيم النخعي عن ابن مسعود قال: يكون عليها نصف العذاب ، و لا يكون لها نصف الرخصة ؛ و من طريق حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال ؛ الحر يطلق الأمة تطلقتين و تعتد حيضتين ؛ و من طريق ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب اخبرني قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول : عدة الأمة حيضتان ؛ ومن طريق عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن محمد بن عبد الرحمن عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة بن مسعود قال: ينكح العبد اثنتين ، وعدة الأمة حيضتان ، قال معمر : و هو قول الزهرى ؛ و من طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب : عدة الأمة حيضتان ، قال معمر : و هو قول الزهرى ؛ و من طريق عبد الرزاق عن داود بن قيس قال : سألت سالم بن عبد الله بن عمر عن عدة الأمة ؟ قال : حيضتان ، و ان كانت لا تحيض فشهر و نصف ؛ و من طريق ابن وهب عن اسامة بن زيد عن زيد ابن اسلم : عدة الأمة حيضتان ؛ ومن طريق ابن وهب اخبرني رجال من اهل العلم ان نافعا و ابن قسيط و يحيى بن سعيد و ربيعة و غير واحد من اصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم و التابعين قالوا : عدة الأمة حيضتان ؛ و من طريق حماد بن سلمة عن حماد بن ابي سليمان وقتادة و داود بن ابي هند قال حماد عن ابراهيم النخعي و قال قتادة عن الحسن و قال داود عن الشعبي قالوا كلهم : عدة الأمة حيضتان ؛ و من طريق ابن وهب اخبرني هشام بن سعد عن القاسم بن محمد بن ابي بكر الصديق قال : عدة الأمة حيضتان من ان هذا ليس فى كتاب الله عز و جل و لا نعلم سنة عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و لكن قد مضى امر الناس على هذا ؛ و من طريق عبد الرزاق =

حيضة و نصفا لفعلت. فصارت الأمة على النصف من الحرة فى الأشياء كلها، و كذلك القسم بينهما للحرة مثلا ما[1] للأمة لا تشبه الحرة فى شيء من أمر النكاح[2]، فكذلك فرقنا بينهما فى هذا؛ فأما ما ذكرتم من المتزوجة التى كانت عنده فليسا يفترقان[3] فى شيء فكيف افترقا[4] فى القسم؟!

= عن ابن جريج عن عطاء فى عدة الأمة صغيرة او قاعدا قال: قال عمر بن الخطاب: شهر و نصف؛ و من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن سعيد بن المسيب و ابى قلابة انهما قالا جميعا: الأمة اذا طلقت و هى لا تحيض تعتد شهرا و نصفا؛ و من طريق حماد بن سلمة عن حماد بن ابى سليمان عن ابراهيم النخعى قال: عدة الأمة التى طلقت ان شاءت شهرا و نصفا، و ان شاءت شهرين، و ان شاءت ثلاثة اشهر؛ و من طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى: عدة الأمة شهران لكل حيضة شهر؛ و من طريق الحجاج بن المنهال نا حماد بن زيد عن عمرو بن دينار قيل له: ان ابن جريج يقول عن عطاء فى عدة الأمة التى لا تحيض خمس و اربعون ليلة، قال عمرو: اشهد على عطاء انه قال: عدتها شهران اذا كانت لا تحيض؛ و قال ابو حنيفة و اصحابه و سفيان الثورى و الحسن بن حى و الشافعى و اصحابه: عدة الأمة المطلقة التى لا تحيض شهر و نصف؛ و قالوا كلهم: عدتها حيضتان، إلا الشافعى فانه قال: طهران - اه. و خالفهم فى ذلك ابن حزم فى المحلى، و سأعود اليه فى موضع يليق به - ان شاء الله تعالى.

(١) مثنى مضاف الى ما كان «مثلان» سقطت النون بالاضافة، و قوله «الحرة» مفعول به، و الضمير فى «لا تشبه» راجع الى «الأمة».

(٢) فان ما يتعلق به من حقوق النكاح الواجبة به فالأمة فيها على النصف من الحرة، كالحد و العدة و غيرهما، فكذا فى القسم ايضا.

(٣) كذا فى الأصول بتثنية «ليس» و «يفترقان» بالغيبوبة كلاهما، و القانون يقتضى «ليستا تفترقان» بالتثنية و التأنيث.

(٤) قوله «افترقا» كذا فى الأصول بالتذكير، و الأولى «افترقتا» بالتأنيث - تأمل.

قال أبو عبد الله محمد بن الحسن: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: إذا نكح الرجل الأمة على الحرة فنكاح الأمة فاسد[١]، و إذا نكح الحرة

(١) لما اخرجه الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: طلاق العبد اثنتان - الحديث؛ الى ان قال: و تتزوج الحرة على الأمة و لا تتزوج الأمة على الحرة؛ و فيه مظاهر بن اسلم المخزومي المدني من رجال ابي داود و الترمذي و ابن ماجه ذكره ابن حبان في الثقات، و قالوا: انه ضعيف - كما في ج ١٠ ص ١٨٣ من التهذيب؛ قال في فتح القدير: و فيه مظاهر بن اسلم ضعيف. و اخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى ان تنكح الأمة على الحرة؛ قال: و تنكح الحرة على الأمة؛ قال: وهذا مرسل الحسن؛ و رواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا. و كذا رواه ابن ابي شيبة عنه؛ و اخرج عبد الرزاق: اخبرنا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول: لا تنكح الأمة على الحرة و تنكح الحرة على الأمة؛ و اخرج عن الحسن و ابن المسيب نحوه؛ و اخرج ابن ابي شيبة عن علي رضي الله عنه: لا تنكح الأمة على الحرة؛ و اخرج عن ابن مسعود نحوه، و اخرج ابن ابي شيبة: حدثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: تتزوج الحرة على الأمة و لا تتزوج الأمة على الحرة؛ وعن مكحول نحوه (و ما ذكره محمد من الآثار في الباب و ما ذكره ابن حزم في المحلى فقد تقدم النقل من قبل) فهذه آثار ثابتة عن الصحابة و التابعين رضي الله عنهم تقوى الحديث المرسل، لو لم يقل (الشافعي) بحجيته فوجب قبوله، ثم اعتضد اتفاق العلماء على الحكم المذكور و ان اختلفت طرق اضافتهم فان الثلاثة اضافوه الى مفهوم قوله تعالى «و من لم يستطع منكم طولا» الآية. و ذلك ان تزوج الأمة على الحرة يكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا، و هو باطلاقه حجة جبرا على الشافعي في اجازة ذلك للعبد لانا اقمنا الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج =

على

على الأمة أمسكهما جميعا و قسم للحرة ليلتين و للأمة ليلة .

محمد قال: أخبرنا محمد بن أبان بن صالح القرشي[١] عن جعفر بن محمد بن علي[٢]

= بالمرسل بعد ثقة رجاله؛ و به اندفع ما قاله ابن حزم في مواضع من المحلى من عدم حجية المرسل؛ و القائل بحجيته جمهور المحدثين و الفقهاء، و كذا يرى الشافعي حجيته اذا اتقى به جماعة من اهل العلم، و هنا كذلك؛ و هذا كله نص الشافعي في رسالته فانه قال: و ان لم يوجد ذلك يعني تعدد المخرج نظر الى بعض ما يروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم قولا له فان وجد ما يوافق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و سلم كانت هذه دلالة على انه لم يرسل الا عن اصل يصح ان شاء الله، و كذلك ان وجد عوام من اهل العلم يفتون بمثل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم - اه؛ و به يخص قوله تعالى «و أُحل لكم ما وراء ذلكم» اذ قد اخرج منه ما قدمنا؛ وحجة على مالك في تجويزه ذلك برضا الحرة، و لأن للرق اثرا في تنصيف النعمة فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام - كذا في الهداية و الفتح . و قد اوضحه المحقق في الفتح فراجعه .

(١) قد مر فيما قبل مرارا فتذكره .

(٢) هو جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب الهاشمي العلوي، ابو عبد الله المدني «الصادق» و امه ام فروة بنت القاسم بن محمد بن ابي بكر و امها اسماء بنت عبد الرحمن بن ابي بكر، فلذلك كان يقول: ولدني ابو بكر مرتين؛ من رجال الستة الا البخاري، روى عن ابيه و محمد بن المنكدر و عبيد الله بن ابي رافع و عطاء و عروة وجده لأمه القاسم بن محمد و نافع و الزهري و مسلم و ابن ابي مريم، و عنه شعبة و السفيانان و مالك و ابن جريج و ابو حنيفة و ابنه موسى و وهب بن خالد و القطان و ابو عاصم وخلق كثير، و روى عنه يحي بن سعيد الأنصاري وهو من اقرانه و يزيد بن الهاد و مات قبله؛ ثقة مأمون، لا يسئل عن مثله، صدوق، من سادات =

عن أبيه[١] عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: إذا نكح الحرة على الأمة كان للحرة يومان و للأمة يوم ٠

محمد قال، أخبرنا محمد بن أبان بن صالح عن حماد عن إبراهيم قال: يتزوج الرجل الحرة على الأمة، و لا يتزوج الأمة على الحرة؛ و قال: إذا تزوج الحرة على الأمة كان للحرة يومان و للأمة يوم ٠

محمد قال: أخبرنا خالد بن عبد الله الواسطي[٢] عن عبد الملك بن أبي سليمان[٣]

= اهل البيت فقها و علما و فضلا، يحتج بحديثه من غير رواية اولاده منه، ولد سنة ثمانين، و مات سنة ١٤٨ - كذا في التهذيب ٠ و له ترجمة بسيطة في التهذيب ٠

(١) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب الهاشمي ابو جعفر « الباقر » امه بنت الحسن بن علي بن ابي طالب، من رجال الستة، روى عن ابيه وجديه الحسن و الحسين و جد ابيه علي بن ابي طالب، مرسل، و عم ابيه محمد ابن الحنفية، و ابن عم جده عبد الله بن جعفر بن ابي طالب و غيرهم من الصحابة و التابعين، روى عنه ابنه جعفر و اسحاق السبيعي و الأعرج و الزهري و خلق كثير - كما في التهذيب؛ مدني، تابعي، ثقة، كثير الحديث، فقيه فاضل، مولده سنة ست و خمسين، و قيل: انه مات سنة اربع عشرة او خمس عشرة او ست عشرة او سبع عشرة او ثماني عشرة و مائة و هو ابن ثلاث و سبعين ٠ و راجع التهذيب له ترجمة بسيطة فيه ٠

(٢) قد مضت ترجمته فيما قبل، و قد مر في الأبواب مرارا، من رجال الستة، و ترجمة في ج ٣ ص ١٠٠ من التهذيب، ثقة صالح صحيح الحديث ٠

(٣) هو عبد الملك بن ابي سليمان، و اسمه ميسرة، ابو محمد، و يقال: ابو سليمان، و قيل: ابو عبد الله، العرزمي - بفتح المهملة و سكون الراء و بالزاي؛ من رجال الستة الا البخاري، احد الأئمة، روى عن انس بن مالك و عطاء بن ابي رباح و سعيد ابن جبير و سلمة بن كهيل و غيرهم، و عنه شعبة و الثوري و ابن المبارك و القطان =

عن عطاء[1] أنه سئل: أيتزوج الرجل الحرة على الأمة؟ قال: ليفضل إن شاء، و يقسم للحرة يومان[2] و للأمة يوم[3].

محمد قال: أخبرنا عباد بن العوام[4] عن الحجاج بن أرطاة[4] عن حصين ابن عبد الرحمن الحارثي[5] عن الحارث[6] عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه

= و عبد الله بن ادريس و زهير بن معاوية و زائدة و حفص بن غياث و اسحاق الأزرق و خالد بن عبد الله بن نمير و غيرهم، من ائمة الحديث، كان شعبة يعجب من حفظه، من حفاظ الناس، ثقة ثبت صدوق ميزان، من اعيان الكوفة، حسن الحديث حجة متقن فقيه؛ مات في ذي الحجة سنة خمس و اربعين و مائة و فيها ارخه غير واحد؛ قال الترمذي: ثقة مأمون لا نعلم احدا تكلم فيه غير شعبة. و راجع ترجمته في ج ٦ ص ٣٩٦ من التهذيب و فيه زيادة كثيرة تركتها.

(١) هو عطاء بن ابي رباح، مضت ترجمته فيما قبل في ابواب كثيرة من الكتاب.

(٢) كذا في الأصول «يومان» بالرفع، و الظاهر انه «يومين» بالنصب مفعول به لقوله «يقسم» و الضمير فيه راجع الى «الرجل» اللهم! الا ان يقال: ان قوله «يقسم» فعل ما لم يسم فاعله «و يومان» مفعول ما لم يسم فاعله - تأمل.

(٣) كذا في الأصول «يوم» بالرفع و القول فيه مثل ما في قوله «يومان». قيل: «القسم» مكان «يقسم» فيكون مبتدأ و خبره «يومان» و «يوم» وعندي الأظهر «يومين» و «يوما» تأمل فيه، و للناس فيما يعشقون مذاهب.

(٤) مضت ترجمته.

(٥) هو حصين بن عبد الرحمن الحارثي، كوفي، روى عن الشعبي، و عنه اسمعيل بن ابي خالد و حجاج بن ارطاة؛ قلت: قال ابو حاتم عن احمد: ليس يعرف ما روى عنه غير هذين، احاديثه مناكير؛ و قال علي بن المديني: لا اعلم احدا روى عنه غيرهما؛ و ذكره ابن حبان في الثقات و قال: مات سنة ١٣٩ - قاله الحافظ في التهذيب.

(٦) هو الحارث بن عبد الله الأعور الهمداني الخارفي. ابو زهير الكوفي، و يقال: =

أنه قال : لا تنكح الأمة على الحرة ، و تنكح الحرة على الأمة فيكون لها ثلثان من ماله و نفسه ، و للأمة الثلث .

محمد قال : أخبرنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة[١] عن الحسن[٢] و سعيد ابن المسيب[٣] قال[٤] : لايتزوج الأمة على الحرة ، و يتزوجها على الأمه إن شاء

= الحارث بن عبيد ، و يقال : الحوتى ، و حوت بطن من همدان ، روى عن علي و ابن مسعود و زيد بن ثابت و بقيرة امرأة سلمان ، روى عنه الشعبي و ابو اسحاق السبيعي و عطاء بن ابي رباح و ابو البختري الطائي و عبد الله بن مرة و جماعة ؛ قال الشعبي و السبيعي و ابن المديني و غيرهم : كذاب وزيف متهم ضعيف ليس بالقوى ، كان غاليا فى التشيع واهيا فى الحديث ، و كان افقه الناس و احسب الناس و افرض الناس ؛ و قال الدورى عن ابن معين : الحارث قد سمع من ابن مسعود و ليس به بأس ؛ و قال عثمان الدارمى عن ابن معين : ثقة ؛ قال عثمان : ليس يتابع ابن معين على هذا ، و فى رواية عن النسائى : ليس به بأس ؛ قال ابن ابي خيثمة : قيل ليحيي : يحتج بالحارث ؟ فقال : ما زال المحدثون يقبلون حديثه ؛ و قال ابن شاهين فى الثقات : قال احمد بن صالح المصرى : الحارث الأعور ثقة ما احفظه و ما احسن ما روى عن علي و اثنى عليه ؛ قيل له : فقد كان الشعبي يكذبه ! قال : لم يكن يكذب فى الحديث ، انما كان كذبه فى رأيه ؛ مات سنة ٦٥ - كذا ذكر وفاته اسحاق القراب فى تاريخه . و اقوال اخر فى التهذيب فراجعه . فهو مختلف فيه ، و الجمهور على توهينه ، و هو من رجال الأربعة .

(١) سعيد بن ابي عروة و قتادة بن دعامة كلاهما من رجال الستة و ثقتان مأمونان ؛ ومضت ترجمة سعيد بن ابي عروبة وقتادة فتذكرها ، ولهما ترجمة بسيطة فى التهذيب وغيره .

(٢) مضت ترجمة الحسن البصرى ، و هو من التابعين و ساداتهم .

(٣) مضت ترجمته فيما قبل ، و هو من رجال الستة ، لا يسئل عن مثله ، و هو من فقهاء المدينة .

(٤) اى كل واحد منهما ؛ و الا فالأظهر « قالا » بالتثنية - كما لا يخفى .

و يقسم

و يقسم يومين و يوما . محمد قال : هذا فقيه أهل المدينة يقول « يقسم يوما و يومين »[١] فكيف خالفوه و هو أفقه من كان عندهم فى زمانه[٢] !!

(١) كذا فى الأصل و هو صحيح ، و قيل « يومين و يوما » بالتقديم و التأخير .

(٢) اختلف فيه قول مالك رحمه الله تعالى ، فى الموطأ مع شرح الزرقانى : مالك انه بلغه ان عبد الله بن عباس و عبد الله عمر رضى الله تعالى عنهم سئلا عن رجل كانت تحته امرأة حرة فأراد ان ينكح عليها امة فكرها ان يجمع بينهما ؛ و اختلف فيه قول مالك فروى عنه : لا بأس بذلك ؛ و قال ابن القاسم عنه : تخير الحرة فى نفسها ؛ و محل الخلاف اذا كانت الأمة من مناكحه و إلا فلا يجوز كما افصح به الامام بعد قريبا ؛ مالك عن يحيى بن سعيد الأنصارى عن سعيد بن المسيب القرشى انه كان يقول : لا تنكح الأمة على الحرة إلا ان تشاء الحرة . فان اطاعت الحرة فلها الثلثان من القسم ؛ و بهذا قال ابن الماجشون ، و إليه رجع مالك . و المشهور و هو اختيار ابن القاسم فى المدونة انه لا تجوز ان تفضل الحرة عليها فى القسم - انتهى ؛ فعلم من هذا ان الرواية عن مالك مختلف فيها . و رجع مالك عن التسوية الى ما ذهبنا اليه من اليومين للحرة و اليوم للامة . و به قال ابن الماجشون - انتهى . و فى ج ٢ ص ١٦٤ من المدونة : قال قلت : هل تنكح الأمة على الحرة فى قول مالك ؟ قال : قال مالك : لا تنكح الأمة على الحرة . فان فعل ذلك جاز النكاح ، و كانت الحرة بالخيار ان احبت ان تقيم معه اقامت ، و ان احبت ان تختار نفسها اختارت ؛ قال مالك : فان اقامت كان القسم من نفسه بينهما بالسوية - انتهى . و قال فى ج ٢ ص ٢٦٦ من البدائع : لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ؛ و الأصل فيه ما روى عن على رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه و سلم انه قال « لا تنكح الأمة على الحرة » و قال على رضى الله عنه : و تنكح الحرة على الأمة و للحرة الثلثان من القسم و للأمة الثلث ؛ و لأن الحرة تنبئ عن الشرف و العزة و كمال الحال فنكاح الأمة على الحرة ادخال على الحرة من =

باب إنكاح الرجل أمته ابنه و عبده ابنته[1]

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا بأس أن يزوج الرجل أمته ابنه[2] وابنته من عبده إذ ارضيا بذلك إن كانا بالغين ، و إن كانا صغيرين

= لا يساويها فى القسم ، و ذلك يشعر بالاستهانة و الحاق الشين و نقصان الحال و هذا لا يجوز - انتهى . هذا ، و الله اعلم .

(١) و قال الامام الشافعى رحمه الله تعالى فى كتاب الأم ج ٥ ص ١٦ تحت عنوان الأب ينكح ابنته البكر غير الكفو : يجوز امر الأب على البكر فى النكاح اذا كان النكاح حظا لها او غير نقص عليها . و لا يجوز اذا كان نقصا لها او ضررا عليها و كذلك ابنه الصغير ؛ قال : و لو زوج رجل ابنته عبدا له او لغيره لم يجز النكاح لأن العبد غير كفو لم يجز ، و فى ذلك عليها نقص بضرورة . و لو زوجها غير كفو لم يجز لأن فى ذلك عليها نقصا - انتهى .

(٢) كذا فى الأصل و هو الصواب ، و فى الهنديه « امة ابنه » و هو مصحف « امته » بالضمير - كما لايخفى ، و هو فى ثلاثة مواضع من الباب كذلك . اعلم ان هذا الباب يشير الى ان الكفاءة حق الأولياء لا حق المرأة ، فلو اسقطوه سقط وجاز النكاح فان الحر و العبد ليسا مكافئين - كما لا يخفى ؛ فاذا زوج الرجل ابنه امة ما فالعقد صحيح - كما يقتضى الباب ؛ و هو ظاهر الرواية عن ائمتنا ، و الأمة ليست كفوا لحر و لا حرة لعبد على الظاهر ، و الا فالكفاءة من جانب المرأة غير معتبرة ؛ قالوا : الكفاءة معتبرة فى حق اللزوم على الأولياء فى ابتداء النكاح للزومه او لصحته من جانبه لأن الشريفة تأبى ان تكون فراشا للدنئ و لذا لا تعتبر من جانبها ، حتى ان عند عدمها جاز للولى الفسخ - فتح ؛ وهذا بناء على ظاهر الرواية من ان العقد صحيح و للولى الاعتراض ، و اذا كان المزوج ابا او جدا و الابن و الابنة كبيرين بالغين و رضيا بما باشر ابوهما من تزويجها الأمة او العبد فالنكاح صحيح . و لا بأس به لكون الكفاءة حق الولى =

فذلك جائز[١] و لا خيار لهما بعد البلوغ . و قال أهل المدينة : لا ينبغي لرجل أن يزوج ابنه أمته و لا ابنته عبده[٢] .

= لا حقها فله الاختيار على إسقاطه وهدره على ما اقتضت به المصالح الوقتية ؛ قال العلامه ابن عابدين الشامى : تقدم ان غير الأب و الجد لو زوج الصغير او الصغيرة غير كفو لا يصح . و مقتضاه ان الكفاءة للزوج معتبرة ايضا . و قدمنا هذا فى الزوج الصغير ، لأن ذلك ضرر عليه فما هنا محمول على الكبير ، و يشير اليه ما قدمنا آنفا عن الفتح من : ان معنى اعتبار الكفاءة اعتبارها فى اللزوم على الأوليا - الخ ؛ فان حاصله ان المرأة اذا زوجت نفسها من كفو لزم على الأولياء ، و ان زوجت من غير كفو لا يلزم او لا يصح ، بخلاف جانب الرجل فانه اذا تزوج بنفسه مكافئة له او لا فانه صحيح لازم - اه . و فى الباب : زوجهما الأب برضائهما وهما كبيران فلا شك فى صحة النكاح .

(١) فان الولاية على الصغير و الصغيرة جبرية و شفقة ، الأب و الجد اوفر من غيرهما من الأولياء فلا يجيزان الضرر و النقصان على الصغيرين ، الا اذا كان خلافه اهم فى نظرهما . قال فى الدر المختار مع رد المحتار : و لزم النكاح و لو بغبن فاحش بنقص مهرها و زيادة مهره او زوجها بغير كفو ان كان الولى المزوج ابا او جدا لم يعرف منهما سوء الاختيار مجانة و فسقا ، و ان عرف لا يصح النكاح اتفاقا - اه در المختار ؛ قوله « غير كفو » بأن زوج ابنه أمة و بنته عبدا ، و هذا عند الامام ، و قالا : لا يجوز ان يزوجها غير كفو و لا يجوز الحط و لا الزيادة الا بما يتغابن الناس - ح عن المنح ، اه ؛ قلت : لعل عن الامام محمد فى ذلك روايتين ، فى رواية يجوز عنده - كما فى الكتاب ، و فى رواية عنه لا يجوز و هو المذهب عنده ، كما يقتضى سياق العبارة ، و لا يثبت لهما خيار الفسخ بعد البلوغ لكمال ولاية الأب و الجد .

(٢) اجنبية مفيدة ؛ قال فى الدر المختار : و تعتبر الكفاءة للزوم النكاح خلافا لمالك - الخ ؛ و فى رد المحتار : فى اعتبار الكفاءة خلاف مالك و الثورى و الكرخى من =

و قال محمد: إن الحق لا يبطله [شيء] [1] إلا أن يكون أهل المدينة قد سمعوا أحدا قط فعله! هذا من الأمر الذى لا بأس به عندنا. و لئن جاز للابن الكبير أن يتزوج أمة رجل غير أبيه ما بتزويجه أمة أبيه بأس، و إن كان لا بأس أن يزوج الرجل ابنته عبد رجل آخر باذن مولاه ما بتزويجه عبده ابنته بأس [2]. قالوا: هذان مفترقان و إنما كره ههنا تزويجه ابنته عبده و أمته ابنه [3] لما يخاف من الميراث، و إنه أمر لم يسمع به [4]. قيل لهم: فان كنتم إنما تخافون من الميراث و ليس [5] ينبغى لكم أن تبطلوا ذلك حتى يقع الميراث [6]؛ ما تقولون فى رجل زوج أمته ابن عمه و هو وارثه لا وارث له غيره؟

= مشايخنا - كذا فى فتح القدير؛ فكان الأولى ذكر الكرخى؛ و فى حاشية الدرر للعلامة نوح: ان الامام ابا الحسن الكرخى و الامام ابا بكر الجصاص و هما من كبار علماء العراق و من تبعهما من مشائخ العراق لم يعتبروا الكفاءة فى النكاح، و لو لم تثبت عندهم هذه الرواية عن ابى حنيفة لما اختاروها. و ذهب جمهور مشايخنا الى انها معتبرة فيه، و لقاضى القضاة سراج الدين الهندى مؤلف مستقل فى الكفاءة ذكر فيه القولين على التفصيل و بين ما لكل منهما من السند و الدليل - انتهى.

(١) ما بين المربعين زدته من عندى، و ليس فى الأصول فاعل «لا يبطله» كما لا يخفى.

(٢) اى لا شدة فيه و لا ضيق، و الا فالمستحب خلافه، كما فى المتون و الشروح؛ و فى الأصول «بأسا» بالنصب - فتنبه.

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «امة ابنه» بالاضافة وهو تصحيف - كما لا يخفى.

(٤) اى ممن كان قبلنا من السلف.

(٥) كذا فى الأصول «و ليس» بالواو. و ان كان معناه صحيحا لكن الأولى «فليس» بالفاء - كما لا يخفى.

(٦) و انتم قائلون ببطلان ذلك قبل وقوع الميراث فكيف يكون ذلك صحيحا؟.

أ ينبغى

أ ينبغي أن يفسد النكاح لما يخاف من الميراث؟! هذا أمر من الأمور التي ليس ينبغي أن ترد و لا تبطل[١]؛ فاذا ملك الرجل بعض امرأته أو ملكت المرأة بعض زوجها فسد النكاح، فأما قبل ذلك فلا بأس به[٢].

(١) كذا في الأصول «ترد و لا تبطل» بالتأنيث و الضمير راجع الى لفظ «الأمور» و الأولى ان يكون «يرد و لا يبطل» بالتذكير، و الضمير راجع الى الأمر الواحد.

(٢) قال في البدائع: ومنها الملك الطارئ لأحد الزوجين على صاحبه بأن ملك احدهما صاحبه بعد النكاح او ملك شقصا منه لأن الملك المقارن يمنع من انعقاد النكاح، فالطارئ عليه يبطله، و الفرقة الواقعة به فرقة بغير طلاق لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن ان تجعل طلاقا فتجعل فسخا، و لا يحتاج الى تفريق القاضي بطريق التنافي لما بينا في المسائل المتقدمة ان الحقوق الثابتة بالنكاح لا يصح اثباتها بين المالك و المملوك فلا تفتقر الى القضاء، كالفرقة الحاصلة بردة احد الزوجين؛ و على هذا قالوا في القن و المدبر و المأذون اذا اشتريا زوجتيهما لم يبطل النكاح لأن الشراء لايفيد لهما ملك المتعة فلا يوجب بطلان النكاح - انتهى. قال في الدر المختار مع رد المحتار: و حرم نكاح المولى امته و العبد سيدته - اه؛ اى و لو ملك بعضها، وكذا المرأة لو لم تملك سوى سهم واحد منه - فتح؛ زاد في الجوهرة: وكذا اذا ملك احدهما صاحبه او بعضه فسد النكاح، و اما المأذون و المدبر اذا اشتريا زوجتيهما لم يفسد النكاح لأنهما لا يملكانها بالعقد، وكذا المكاتب لأنه لا يملكها بالعقد، و انما يثبت له فيها حق الملك، وكذا قال ابو حنيفة فيمن اشترى زوجته و هو فيها بالخيار: لم يفسد النكاح؛ على اصله ان خيار المشترى لا يدخل المبيع في ملكه - اه؛ لأن المملوكية تنافي المالكية؛ قال في الفتح: لأن النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة في الملك بين المتناكحين منها ما تختص هي بملكه كالنفقة و السكنى و القسم و المنع من العزل الا باذن، و منها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين و القرار في المنزل =

= و التحصن عن غيره ، و منها ما يكون الملك فى كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة و مباشرة ، و الولد فى حق الاضافة ، و المملوكية تنافى المالكية ، فقد نافت لازم عقد النكاح ، و منافى اللازم منافٍ للزوم ؛ و به سقط ما قيل : و يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح ؛ لأن الفرض ان لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا على الخلوص ، و الرق يمنعه - انتهى . و فى الباب اثر عمر و اثر على رضى الله عنهما رواه البيهقى فى « باب النكاح و ملك اليمين لا يجتمعان » من طريق سعيد بن منصور : نا هشيم نا حصين عن بكر بن عبد الله المزنى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه اتى بامرأة تزوجت عبدا لها فقالت المرأة : أليس الله تعالى يقول فى كتابه « أو ما ملكت أيمانكم » ؟ فضربها و فرق بينهما و كتب الى اهل الأمصار : ايما امرأة تزوجت عبدا لها او تزوجت بغير بينة او ولى فاضربوهما الحد ؛ وعن سعيد : ثنا يونس عن الحسن ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه اتى بامرأة قد تزوجت عبدها فعاقبها و فرق بينها و بين عبدها وحرم عليها الأزواج عقوبة لها - انتهى . قال البيهقى : و هما مرسلان يؤكد احدهما صاحبه - اه . و لا تلتفت الى ما قاله ابن حزم فى المحلى ان المرسل ليس بحجة ، فان جماهير المحدثين و الأئمة قبل ابن حزم قائلون بحجية المرسل اذا ثبت و لم يخالفه مسند صحيح متصل السند ، و ههنا كذلك ، و ما ادعاه بدعوى كاذبة بلا برهان فهو حجة عليه لا على من تقدمه من الأئمة . و روى البيهقى من طريق الحسن بن محمد الزعفرانى : ثنا سعيد بن سليمان ثنا عباد عن عمر بن عامر عن قتادة عن خلاس عن على رضى الله عنه : ان امرأة ورثت من زوجها شقصا فرفع ذلك الى علىّ رضى الله عنه فقال : هل غشيتها ؟ قال : لا ؛ قال : لو كنت غشيتها لرجمتك بالحجارة ؛ ثم قال : هو عبدكِ ان شئت بعتِه و ان شئت و هبتِه و ان شئت اعتقتِه و تزوجتِه - انتهى . و لم يخالفهما احد من الصحابة فى علمنا ، و هما خليفتان راشدان و قال صلى الله عليه و آله و سلم : « عليكم بسنتى و سنة الخلفاء الراشدين المهديين » - الحديث .

باب المرأة تزنى فيقام عليها الحد فتتزوج قبل أن تحيض

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى المرأة تزنى فيقام عليها الحد فتتزوج قبل أن تحيض : إن النكاح جائز[1] ، و إن حملت من الزنا

---

(١) فالنكاح جائز - اى عندها - و قال محمد : لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها - هداية . و ظاهر الكتاب يدل على ان الامام محمدا ايضا معهما ، و لعل عنه روايتين فى ذلك . قال فى الدر المختار : و لو زوج امته او ام ولده الحامل بعد علمه قبل اقراره به جاز . و كان نفيا دلالة - نهر عن التوشيح ؛ وصح نكاح الموطوءة بملك يمين و لا يستبرئها زوجها - اى عندهما ، و قال محمد : لا احب ان يطأها قبل ان يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما فى الشراء - هداية ؛ و قال ابو الليث : قوله اقرب الى الاحتياط ، و به نأخذ - بناية ؛ و وفق فى النهاية بأن محمدا انما نفى الاستحباب ، و هما اثبتا الجواز بدونه فلا معارضة ؛ و اعترضه فى البحر بأنه خلاف ما فى الهداية . لكن استحسنه فى النهر بأنه لا ينبغى التردد فى نفس الاستبراء على قول محمد . قال : و به يستغنى عن ترجيح قول محمد ؛ قلت : اذا كان الصحيح وجوب الاستبراء على المولى يسوغ نفى استحبابه عن الزوج لحصول المقصود ، نعم لو علم ان المولى لم يستبرئها لا ينبغى التردد فى استحبابه للزوج بل لو قيل بوجوبه لم يبعد ، و يقربه انه فى الفتح حمل قول محمد « لا احب » على انه يجب لتعليله باحتمال الشغل بماء المولى فانه يدل على الوجوب ، و قال : فان المتقدمين كثيرا ما يطلقون « اكره هذا » فى التحريم او كراهة التحريم و « احب » فى مقابله - اه . قلت : و اصرح من ذلك قول الهداية لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما فى الشراء - اه ؛ و مثله فى مختارات النوازل : بل يستبرئها سيدها وجوبا فى الصحيح ؛ و اليه مال السرخسى ، و هذا اذا اراد ان يزوجها و كان يطأها ، فلو اراد بيعها يستحب ، و الفرق انه فى البيع يجب على المشترى فيحصل المقصود فلا معنى لايجابه على البائع ؛ و فى المنتقى عن ابى حنيفة : اكره ان يبيع =

فتزوجت[1] و هى حامل فالنكاح جائز، و لا ينبغى لزوجها أن يطأها حتى تضع لأن الزانية لا عدة لها[2] إنما العدة من قبل النكاح[3] الذى يثبت نسب

= من كان يطأها حتى يستبرئها - ذخيرة؛ و الظاهر ان الترجيح المار يأتى فى مسألة الكتاب ايضا على رواية اخرى عن الامام محمد رحمه الله تعالى كما ذكروها، و لذا جزم فى النهر هنا بالندب الا ان يفرق بأن ماء الزانى لا اعتبار له؛ بق لو ظهر بها حمل يكون من الزوج لأن الفراش له فلا يقال: انه يكون ساقيا زرع غيره؛ لكن هذا ما لم تلد لأقل من ستة اشهر من وقت العقد، فلو ولدته لأقل لم يصح العقد، كما صرحوا به، اى لاحتمال علوقه من غير الزنا بأن يكون بشبهة فلا يرد صحة تزوج الحبلى من زنا - تأمل؛ وصح نكاح الموطوءة بزنا، اى جاز نكاح من رأها تزنى، و له وطؤها بلا استبراء؛ و أما قوله تعالى «و الزانية لا ينكحها الا زان» فمنسوخ بآية «فانكحوا ما طاب لكم من النسآء»؛ قال فى البحر: بدليل الحديث ان رجلا اتى النبى صلى الله عليه و سلم فقال: يا رسول الله! ان امرأتى لا تدفع يد لامس. فقال عليه الصلاة و السلام: طلقها؛ فقال: انى احبها و هى جميلة؛ فقال عليه الصلاة و السلام: استمتع بها - انتهى.

(١) قوله «فتزوجت» كذا فى الأصل، و فى الهندية «فزوجت» و هى صحيحة اذا كانت مبنية للمجهول، و الا فالصحيح ما فى الأصل - كما لا يخفى. وصح نكاح حبلى من زنا عند الامام ابى حنيفة و الامام محمد رحمهما الله تعالى، و قال الامام ابو يوسف رحمه الله تعالى: لا يصح؛ و الفتوى على قولهما - كما فى القهستانى عن المحيط؛ و ذكر التمرتاشى انها لا نفقة لها، و قيل: لها ذلك؛ و الأول ارجح لأن المانع من الوطء من جهتها، بخلاف الحيض لأنه سماوى بحر عن الفتح، رد المحتار.

(٢) لأنه لا اعتبار لماء الزانى لكن الحبل مانع عن الوطء. و صحة النكاح لا توجب حلة وطء الحبلى من الزنا و دواعيه حتى تضع. قال فى البحر: و حكم الدواعى =

الولد

الولد فيه إن كان جائزا [١] أو فاسدا [٢] . و قال أهل المدينة [٣] : إن تزوجت

= على قولها كالوطئ، كما فى النهاية - اه؛ قال ح : و الذى فى نفقات البحر جواز الدواعى فليحرر - اه؛ قلت : و الذى فى النفقات ان زوجة الصغير لو انفق عليها ابوه ثم ولدت و اعترفت انها حبلى من الزنا لا ترد شيئا من النفقة لأن الحبل من الزنا ان منع الوطأ لا يمنع من دواعيه - اه؛ فيمكن الفرق بأن ما هنا فيمن كانت حبلى من الزنا ثم تزوجها . و ما فى النفقات فى الزوجة اذا حبلت من الزنا - فتأمل؛ و لا يمكن الجواب بأن ما فى النفقات على قول الامام بدليل قول البحر هنا على قولها لأن الضمير فى « قولها » يعود الى ابى حنيفة و محمد القائلين بصحة النكاح . و اما ابو يوسف فلا يقول بصحته من اصله - فافهم؛ كذا فى رد المحتار . و قوله « لا عدة لها » كذا فى الأصول و له معنى صحيح ، و الأولى « لا عدة عليها » . (٣) فانها شرعا اجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح ، او هى تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح ، فلا عدة لزنا ، بل يجوز تزوج المزنى بها و ان كانت حاملا لكن يمنع عن الوطئ حتى تضع - كما فى الكتاب و سبق - و الا فيندب له الاستبراء؛ كما فى الطحطاوى .

(١) اى سواء كان النكاح صحيحا او فاسدا ، فالعدة بعد زواله واجبة ، و بهذا النكاح يثبت النسب و الا فلا .

(٢) كالنكاح الموقت والنكاح بغير شهود و نكاح الأخت فى عدة اختها و نكاح الخامسة فى عدة الرابعة؛ و النكاح الفاسد عندنا كالصحيح فى ايجاب العدة بشرط الدخول ، و لا عدة فى الفاسد بالخلوة بل بالوطئ فى القبل ، كما هو مصرح فى اسفار الفقه؛ و يدخل فى النكاح الفاسد نكاح امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة؛ و نكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عنده ، خلافا لهما - فتح ، و الفساد ههنا بمعنى العام يشمل الباطل و النزاع فيه .

(٣) فى الموطأ مع شرح الزرقانى - ما جاء فى المغتصبة : مالك : الأمر عندنا فى المرأة توجد حاملا و لا زوج لها فتقول « قد استكرهت » اى أكرهت على الزنا او تقول =

الزانية قبل أن تحيض ثلاث حيضات فالنكاح فاسد[١]، وكذلك إن تزوجت وهى حامل من الزنا فالنكاح فاسد[٢].

و قال محمد : كيف يكون على الزانية عدة ثلاث حيض وهى

= « تزوجت » و لا علم ذلك ان ذلك المذكور من دعوى الاكراه و التزوج لا يقبل منها ، و انها يقام عليه الحد الا ان يكون لها على ما ادعت من النكاح بينة و على انها استكرهت بينة او قرينة ، كما اذا جاءت تدمى - بفتح الميم اى يخرج منها الدم - ان كانت بكرا او استغاثت حتى أُتيت اى اتاها من يغيثها و هى على ذلك الحال او ما اشبه هذا من الأمر الذى تبلغ فيه فضيحة نفسها ، فان لم تأت بشىء من هذا اقيم عليها الحد و لم يقبل منها ما ادعت من ذلك بلا بينة و لا قرينة ؛ و المغتصبة لا تنكح حتى تستبرئ نفسها ثلاث حيض ان كانت حرة لأن استبراءها كعدتها ، فان ارتابت من حيضتها بارتفاعها فلا تُنكح حتى تستبرئ نفسها من تلك الريبة بزوالها - انتهى . و مسألة استبراء المغتصبة فى ج ٢ ص ٣٤٥ من المدونة ان مالكا قال فى الرجل يبتاع الجارية الحرة فينقلب بها و يغلق عليها بابه فتستحق انها حرة فتقوم على ذلك البينة فيقر انه لم يطأها و تقر المرأة انه لم يمسها ؛ قال : ما ارى ان تتزوج حتى يستبرئ رحمها بثلاث حيض لأنها قد اغلق عليها بابه وخلا بها . قال : فقيل لمالك ، قال : فان كان وطأها أ ترى عليه فى وطئها شيئا حين خرجت حرة صد قا او غيره ؟ قال : لا ، لأنه وطأها وهى عنده ملك له ؛ قال مالك : و ان كان وطأها ، و هو يعلم انها حرة رأيت ان يقام عليها الحد ؛ قلت : أ فيجب عليه الصداق مع الحد فى قول مالك ؟ قال : نعم - انتهى .

(١) اى لا يحل ، لأن الاستبراء عند اهل المدينة بمنزلة العدة - كما عرفت من الزرقانى .

(٢) و عندنا صح نكاح حبلى من زنا لا حبلى من غيره اى غير الزنا . لثبوت نسبه فهى فى العدة ، و نكاح المعتدة لا يصح - ط ؛ و ان حرم وطؤها و دواعيه حتى تضع - كما فى الدر المختار و رد المحتار ، و قد سبق .

عما لا يثبت نسب ولدها[1] ؟ إنما تجب العدة على من يثبت نسب ولدها[2]! أرأيتم رجلا تزوج امرأة فزنت أ ينبغى أن يكف عن جماعها حتى تحيض ثلاث حيض[3]؟ قالوا نعم[4]. قيل لهم: هذه عدة كعدة المتزوجة[5]؛ أرأيتم امرأة زنت فتزوجها رجل قبل أن تحيض ثلاث حيض ثم دخل بها ثم فرق بينهما أ ينبغى أن يتزوجها تزويجا مستقبلا؟ قالوا: نعم. قيل لهم، فقد تركتم قولكم[6] من أنه[7] يتزوج فى العدة[8] إذا دخل بالمرأة لم تحل

(١) لأن الشرع قطع نسبه من الزانى و ألحقه بأمه، و قد قال صلى الله عليه و سلم: لا يزنى الزانى و هو مؤمن - الحديث؛ و قال: و للعاهر الحجر - الحديث.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «ولده» بتذكير الضمير وهو عندى صحيح، و الضمير راجع الى «من».

(٣) و المراد بالقروء فى قوله تعالى «ثلاثة قروء» الأطهار عندهم، و هم يقولون فى امثال هذه المسائل بثلاثة حيض - فتأمل. و ماء الزانى لا اعتبار له فى الشرع و لذا قال صلى الله عليه و سلم: الولد للفراش و للعاهر الحجر - الحديث؛ و عند ابن حزم لا عدة من نكاح فاسد - كما فى ج ١٠ ص ٣٠٣ من المحلى حيث قال: و لا عدة من نكاح فاسد، برهان ذلك انها ليست مطلقة و لا متوفى عنها. و لم يأت بايجاب عدة عليها قرآن و لا سنة و لا حجة فى سواهما - انتهى. انظر قوة برهانه و هو يحكم بعدم العدة عليها و يسمى ذلك برهانا! و اين هو؟!

(٤) اى يكف عن جماعها حتى تحيض ثلاث حيض.

(٥) و الحال نها ليست بعدة عندكم بل استبراء، و المتزوجة لا تكون عليها العدة حتى تطلق او توفى عنها زوجها.

(٦) اى قولكم الآتى بعده.

(٧) كذا فى الهندية، اى ان الرجل يجوز له ان يتزوجها فى العدة؛ و فى الأصل =

له أبدا [١] فى قولكم! قالوا: إن هذه ليست بعدة [٢]. قيل لهم: فان كانت ليست بعدة فكيف فسد نكاح من تزوجها فيها [٣]؟ قالوا: يفسد النكاح لأنه استبراء و ليس بعدة [٤].

= «الزنا» مكان «انه» يعلم انه تصحيف؛ و عندى فى العبارة خلل فانه لما دخل بالمرأة لم تحل له ابدا فكيف يتزوجها؟! فافهم - و العلم عند الله تعالى. (٨) عندى أن حرف النفى اى «لا» سقط من قوله «يتزوج» اى «لا يتزوج» كما لا يخفى؛ و قد اشرت الى هذا قبله ايضا، و الا فسياق العبارة ينكر الاثبات، نعم اذا كانت قول اهل المدينة انه يتزوج فى العدة فقط، يكون الزام الامام محمد صحيحا بأنكم قلتم اولا: ان له التزوج فى العدة، و الآن تقولون: ان فرق بينهما يتزوجها مستقبلا اى بعد العدة؛ مع انكم تقولون: انه ان دخل بالمرأة لم تحل له ابدا! فكيف التوافق بين هذه الأقوال؟ اذا كان عدم الحلة دائما كيف جاز له التزوج فى العدة و هى حرام عليه؟ فقوله «اذا دخل - الخ» بمنزلة الجملة الحالية للالزام عليهم - تأمل.

(١) و اذا لم تحل له ابدا فى قولكم فكيف تقولون بالتزوج فى العدة؟

(٢) بل استبراء و يجوز التزوج فيه، نعم اذا كانت العدة من نكاح الغير و طلاقه اياها بعده او موته عنها لا يجوز التزوج فيها لأن نكاح المعتدة لم يقل احد بجوازه فلا ينعقد أصلا.

(٣) يعنى فكيف حكمتم بفساد النكاح فى هذه الحالة و هى ليست بعدة! و النكاح يفسد اذا عقد فى عدة الغير، و الاستبراء لا يفسد النكاح.

(٤) امثال هذه المسائل فى كتاب الاستبراء من المدونة الكبرى فراجع اليها. و العجب انهم اذا اعترفوا بأنه ليس بعدة بل هو استبراء فكيف حكموا بفساد النكاح فى الاستبراء! و لادليل على فساد النكاح عندهم غير قولهم انه استبراء و هو للحرة ثلاث حيضات و للأمة حيضة؛ على ما فى المدونة الكبرى من الجزء الثانى.

قيل

قيل لهم: أرأيتم رجلا اشترى جارية أليس عليه أن يستبرئها؟ قالوا: نعم[١]. قيل لهم: فان تزوجها قبل أن تحيض حيضة أ يجوز النكاح؟ قالوا: لا[٢]. قيل لهم: فقد جعلتم بهذه عدة ثانية[٣] كعدة المطلقة و عدة المتوفى عنها زوجها[٤]! و ليس هذا بشيء، إنما الحيضة استبراء، فان تزوجها رجل فالنكاح جائز، و لا ينبغى[٥] أن يطأها حتى تحيض حيضة؛ فأما النكاح فليس يفسده الاستبراء، و لا يفسد النكاح إلا عدة ثبت فيها نسب الولد من غير الزوج[٦]،

(١) اى لا بد له من الاستبراء و الا يفسد النكاح - راجع المدونة .

(٢) اى لا يجوز النكاح قبل ان تحيض حيضة . و قوله « فقد جعلتم بهذه عدة ثانية » كذا فى الأصول « بهذه » بالباء الجارة ، و لعله « لهذه » باللام الجارة ، و الاشارة الى المرأة ، يعنى : لهذه الجارية جعلتم عدة ثانية ؛ و على ما فى الأصول معناه : انكم جعلتم بهذه المقالة عدة ثانية كعدة المطلقة و المتوفى عنها زوجها ؛ و هذا ليس بصحيح ، كما صرح به الامام محمد رحمه الله بعده .

(٣) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « ثابتة » .

(٤) فان عدة المطلقة ثلاثة قروء و هى الأطهار او الحيض او ثلاثة اشهر ان لم تحض ، وعدة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرا او وضع الحمل ان كانت حاملا ، و لا يجوز النكاح فى العدة فان نكاح المنكوحة او المعتدة باطل ان علم انها للغير ، لأنه لم يقل احد بجوازه فلم ينعقد اصلا .

(٥) كذا فى الأصول ، و لعل لفظ « له » سقط هنا لأن السياق يقتضيه .

(٦) اى الزوج الذى تزوجها بعد الزوج الأول الذى طلقها او توفى عنها ففى هذه الحالة تكون فى العدة و لا يجوز النكاح فيها ، فان جاءت فيها بولد يثبت نسبه من المطلق او ممن توفى عنها .

فاذا جاءت هذه العدة فسد النكاح[1] .

قيل لهم: أرأيتم رجلا اشترى جارية فاستبرأها بحيضة ثم تزوجها قبل أن يطأها أو يجوز النكاح؟ قالوا: نعم[2] . قيل لهم: فان لم يزوجها[3] حتى

(١) و الا يكون ساقيا بمائه زرع غيره و هو حرام بنص الحديث، و ماء الزنا لا اعتبار له عند الشرع لأن «الولد للفراش و للعاهر الحجر»؛ و قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يسقى الرجل زرع غيره . و فى الأصول زيادة بعد قوله «النكاح» «كان فيها قالوا لا» و هى لا تناسب السياق و لذا اخرجتها من الكتاب .

(٢) فى المدونة الكبرى فى باب الرجل يتزوج الأمة ثم يشتريها قبل ان يدخل بها ثم يبيعها قبل ان يطأها: قال ابن القاسم: فى الرجل يتزوج الأمة ثم يشتريها قبل ان يدخل بها ثم يبيعها قبل ان يطأها قال: يستبرئها بحيضة. قال: و كذلك إذا وطئها ثم باعها فانها تستبرئ بحيضة ، و ان كان دخل بها ثم اشتراها ثم باعها قبل ان يطأها بعد الاشتراء فان المشترى الآخر يستبرئها بحيضتين لأنها عدة فى هذا الوجه ، قال: وسواء اذا كان دخل بها ثم طلقها واحدة ثم اشتراها قبل ان تنقضى عدتها ، فانه ان كان وطئها بعد الشراء ثم باعها فان المشترى يستبرئها بحيضة و ان كان لم يطأها عند الشراء فأرى ان تستبرئ بحيضتين لأنه اذا باعها بعد ما اشتراها قبل ان يطأها فان الحيضتين ههنا عدة لأن شراءه اياها فسخ لنكاحه، و ان طلق واحدة و انقضت عدتها ثم اشتراها او طلقها ثلاثا فانقضت عدتها ثم اشتراها ثم باعها فانها تستبرئ بحيضة لأنه اشتراها و ليست له بامرأة ؛ و هو قول مالك، قال مالك: و لو اشتراها و قد حاضت بعد طلاقه حيضة ثم باعها فان المشترى يستبرئها بحيضة ثم تحل له - اه . و فى الباب جزئيات ، اعنى فى «باب الأمة تشترى و هى فى العدة» و فى «باب الرجل يطأ الجارية ثم يشترى اختها او يتزوجها» من المدونة فراجعها .

(٣) كذا فى الأصول، و الصواب عندى «لم يتزوجها» كما فى قرنائه فى مواضع الباب.

باعها من آخر و قبضها أيجب على المشترى الآخر أن يستبرئها بحيضة أخرى و لا تجزى بالأولى؟ قالوا: نعم[١] . قيل لهم: فان تزوجها الثانى قبل أن يستبرئها بحيضة؟ قالوا: لا يجوز النكاح[٢] . قيل لهم: فان تزوجها فى ملك الأول و قد استبرأها جاز النكاح . و إن تزوجها فى ملك الثانى و لم توطأ فسد النكاح فكيف كان هذا هكذا[٣] و هى لم توطأ منذ اشتراها[٤] الأول؟ إنما ينبغى لمن جعل النكاح بمنزلة الشراء أن يجيز النكاح كما يجيز الشراء ثم يجعل عليها استبراء بحيضة[٥] قبل أن يطأها الزوج كما يجعل على المشترى[٦] .

باب الرجل يقول كل امرأة أتزوجها فهى طالق

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل قال « كل[٧] امرأة

(١) راجع المدونة من كتاب الاستبراء، عندهم لا بد من الاستبراء الثانى بحيضة اخرى فى امثال ذلك ، و لا يكفى فيه الحيضة الأولى، و لا دليل على ذلك يقنع السائل الا الاجتهاد او قول بعض من تقدمهم ، و يعارضه قول من خالفهم فى ذلك .

(٢) هذا عجيب منهم ! و اليه اشار الامام محمد بقوله « فكيف كان هذا هكذا » فان التزوج بعد الاستبراء فى ملك الأول يجوز ، و ان كان الاستبراء فى ملك الثانى لا يجوز النكاح ، فان تزوجها فى هذه الحالة فسد النكاح .

(٣) اى فكيف صار هذا الحكم على هذا المنوال بالاختلاف فى الموضعين مع انهما مشتركان فى الاستبراء و عدم الوطئ و لا فرق الا فى تبدل الملك .

(٤) كذا فى الأصل . و فى الهندية « استبرأها » و هو خطأ .

(٥) كذا فى الأصل. و فى الهندية « استبراء الحيضة » بالاضافة الى الحيضة و ليس بصواب .

(٦) فكما يجوز الشراء و يجيزه و يجعل الاستبراء على المشترى فكذلك يلزم عليه ان يجيز النكاح و يجعل الاستبراء على الناكح ، لأن النكاح و الشراء عنده بمنزلة واحدة فكيف افترقا فى هذا الحكم .

(٧) قال فى البحر : ان « كل » و « كلما » لم يذكرهما النحاة فى ادوات الشرط لأنهما ليسا منها ، =

أتزوجها فهى طالق ثلاثا[١] » البتة[٢] : إن ذلك كما قال ، فلا ينبغى له أن يتزوج[٣] امرأة فانه إن فعل وقع الطلاق و بانت منه[٤] و وجب عليه

= و انما ذكرهما الفقهاء لثبوت معنى الشرط معهما و هو التعليق بأمر على خطر الوجود و هو الفعل الواقع صفة الاسم الذى اضيفا إليه - نقله فى رد المحتار ؛ ثم « كلما » تقتضى عموم الأفعال فان اليمين لا تنتهى بوجود الشرط مرة بل تنتهى بعد الثلاث كاقتضاء كل عموم الأسماء لأن « كلما » تدخل على الأفعال و « كل » تدخل على الأسماء فيفيد كل منهما عموم ما دخلت عليه . فاذا وجد فعل واحد او اسم واحد فقد وجد المحلوف عليه فانحلت اليمين فى حقه ، و فى حق غيره من الأفعال و الأسماء باقية على حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه ، غير ان المحلوف عليه طلقات هذا الملك و هى متناهية . فالحاصل ان « كلما » لعموم الأفعال ، و عموم الأسماء ضرورى فيحنث بكل فعل حتى تنتهى طلقات هذا الملك ، و « كل » لعموم الأسماء ، و عموم الأفعال ضرورى - قاله العلامة ابن عابدين فى رد المحتار .

(١) ذهب جمهور الصحابة و التابعين و من بعدهم من أئمة المسلمين الى ان من طلق امرأته فى مجلس واحد ثلاث تطليقات يقع ثلاث و بانت منه حرمة مغلظة - كما فى فتح القدير للمحقق على الاطلاق ، و شرح مسلم للامام النووى الشافعى ؛ و شذت فى ذلك شرذمة قليلة لايعبأ بها . و فى هذا البحث حديثا و فقها رسالة للشيخ محمد زاهد الكوثرى رحمه الله تعالى مفيدة جدا كافية و وافية اسمها « الاشفاق فى حكم الطلاق » فعليك بها .

(٢) تأكيد لوقوع الثلاث ، من البت و هو القطع و الفصل ؛ و اوجب سيبويه فيه الألف و اللام و اجاز الفراء اسقاطهما - كذا فى رد المحتار .

(٣) بعد هذه اليمين فانها انعقدت بهذا القول و لم يقدر على الرجوع منها ؛ و قد اوضحه بعد ذلك . و فى الهندية « ان يزوج » و هو خطأ .

(٤) اى بائنة مغلظة ، و لا ينكح بها حتى يطأها غيره و لو الغير مراهقا ، لما تقرر انه متى ذكر العدد كان الوقوع به ، و ما قيل من : انه لا يقع لنزول الآية فى الموطوءة ، =

نصف الصداق[١]. و قال أهل المدينة: إذا قال «كل امرأة أتزوجها فهى طالق البتة»[٢] فليس ذلك بشيء[٣] إلا أن يسمى امرأة بعينها أو قبيلة

= باطل محض منشؤه الغفلة عما تقرر ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب - قاله فى الدر المختار. و هو رد على ما نقله فى شرح المجمع من كتاب المشكلات و اقره عليه. كيف و هو يخالف لقول الامام ابى حنيفة المذكور فى الكتاب و هو المذهب؛ و التفصيل فى رد المحتار و البسط فى فتح القدير.

(١) لأنها غير المدخول بها. و فى الدر المختار: و يجب نصفه بطلاق و طئ او خلوة. وعاد النصف الى ملك الزوج بمجرد الطلاق - اه. اى الطلاق المجرد عن القضاء و الرضاء.

(٢) هكذا فى الأصول، ليس فيها ذكر لفظ «ثلاثا» كما فى قول ابى حنيفة رضى الله عنه، فلعله سقط من قلم الناسخ و ان كان المعنى صحيحا بدونه ايضا - فتنبه.

(٣) فى موطأ مالك انه بلغه ان عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال «كل امرأة انكحها فهى طالق»: انه اذا لم يسم قبيلة او امرأة بعينها فلا شيء عليه، قال مالك. و هذا احسن ما سمعت؛ قال مالك فى الرجل يقول لامرأته انت الطلاق و كل امرأة انكحها فهى طالق و ماله صدقة ان لم يفعل كذا و كذا فحنث قال: اما نساؤه فطلاق كما قال، و اما قوله «كل امرأة انكحها فهى طالق» فانه اذا لم يسم امرأة بعينها او قبيلة او ارضا او نحو هذا فليس يلزمه ذلك و ليتزوج ما شاء، و أما ماله فليتصدق بثلثه - انتهى. و فى باب فيمن قال «كل امرأة اتزوجها فهى طالق» من المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٢٢: قلت: أرأيت لو ان رجلا قال «كل امرأة اتزوجها فهى طالق»؟ قال قال مالك: لا شيء عليه و ليتزوج اربعا، قال مالك: وكذلك لو كان هذا فى يمين ايضا قال «ان دخلت الدار فكل امرأة اتزوجها فهى طالق» فدخل الدار فليتزوج بما شاء من النساء، و لا يقع الطلاق عليه لأنه عم فقال «كل امرأة»؛ قال مالك: وكذلك لو كن عنده ثلاث نسوة او امرأتين كان له ان يتزوج اثنتين =

أو بلدة[١]، فاذا كان ذلك فحنث وجب عليه الطلاق[٢] .

و قال محمد : ما بين جملة هـــذا و بين ما خص من ذلك فرق[٣] ، و ما القول فيه عندنا إلا أحد قولين: إما أن يجوز ذلك كله على ما قال أبو حنيفة[٤]

= تمـام الأربعة فان طلق منهن شيئا فله ان يتزوج ان شاء . و هذا كمن لم يحلف ؛ قال مالك : و كذلك لو كانت تحته امرأتان فقال « ان دخلت هذه الدار فكل امرأة اتزوجهـا طالق » فدخـل الدار كان له ان يتزوج و لا يـكون عليه فى المرأتين اللتين تزوج شيئا . و هو كمن لم يحلف ؛ قال مالك : و كذلك لو قال « كل امرأة اتزوجهـا فهى طالق » او قال « ان دخلت الدار فكل امرأة اتزوجها طالق » فدخل الدار انهما سواء لا يـكون عليـه شىء ، و هو كمن لم يحلف ؛ و قال مالك : فان قال « كل امرأة اتزوجها ان دخلت هذه الدار هى طـالق » فتزوج امرأة ثم دخل الدار انه لا شىء عليه فى امرأته التى تزوج و ليتزوج فيما يستقبل و لا شىء عليه ، لأنه كمن لم يحلف - انتهى .

(١) كما عرفت من موطأ مالك ، و راجع باب من قال « كل امرأة اتزوج فهى طالق الا من موضـــع كذا » من المدونة ، و كذا باب من قال « كل امرأة اتزوجها من موضع كذا او ما عاشت فلانة فهى طالق » من المدونة ؛ و فى هـذا البـاب : قلت : أرأيت ان قال « كل امرأة اتزوجها من الفسطاط » او قال « كل امرأة اتزوجها من همدان أو من مراد او من بنى زهرة او من الموالى فهى طـالق » فتزوج امرأة من الفسطاط او من مراد ، قال : تطلق عليه فى قول مالك - انتهى .

(٢) كما علمت من المدونة و الموطأ .

(٣) اى لا فرق فيما بينهما فى العموم و الخصوص ، بل كلاهما سواء فى وقوع الطلاق وعدمه ان كان يقع فيما خص ايضا ، و الا فلا .

(٤) و به قال طائفة من السلف ؛ فأخرج ابن ابى شيبة - على ما فى التعليق الممجد - عن سالم بن عبد الله بن عمر و القاسم بن محمد و عمر بن عبد العزيز وعامر الشعبي =

و إما أن يبطل ذلك كله ما خص فيه و ما عم[1]؛ أرأيتم رجلا قال كل

= و ابراهيم النخعى و الأسود بن يزيد و ابى بكر بن عبد الرحمن و ابى بكر بن عمرو ابن حزم و الزهرى و مكحول الشامى فى رجل قال « ان تزوجت فلانة فهى طالق » او « يوم اتزوجها فهى طالق » او « كل امرأة اتزوجها فهى طالق » قالوا: هو كما قال - اه . و اخرج عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى قال فى رجل قال « كل امرأة اتزوجها فهى طالق وكل امة اشتريها فهى حرة »: هو كما قال ، فقال معمر: أو ليس جاء « لا طلاق قبل نكاح و لا عتق الا بعد ملك » ؟ قال: انما ذلك ان يقول الرجل: مرأة فلان طالق و عبد فلان حر - اه . و فى موطأ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعبد الله بن مسعود و سالم بن عبد الله و القاسم بن محمد و ابن شهاب و سليمان بن يسار كانوا يقولون: اذا حلف الرجل بطلاق المرأة قبل ان ينكحها ثم اثم ان ذلك لازم له اذا نكحها - اه . قال الزرقانى من باب لزوم الطلاق المعلق: و به قال جماعة آخرون و هو المشهور عن مالك - اه ؛ و اثر عمر الذى جعل الله الحق على لسانه و قلبه مما روى عنه بسند فيه ضعف و انقطاع لكن يعتضد بما صح عنه من علق ظهار امرأة على تزوجها لا يقربها حتى يكفر ، فيقاس عليه تعليق الطلاق ، اشار له ابو عمر - اه . قال الامام محمد فى باب الرجل يقول « اذا نكحت فلانة فهى طالق »: اخبرنا مالك اخبرنا مجبر عن عبد الله بن عمر انه كان يقول: اذا قال الرجل « اذا نكحت فلانة فهى طالق » فهى كذلك اذا نكحها ، و ان كان طلقها واحدة او اثنتين او ثلاثا فهو كما قال ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، و هو قول ابى حنيفة - انتهى . و سيأتى مزيد له ان شاء الله تعالى .

(١) كما قال الامام الشافعى: لا يصح هذا التعليق . قال الزرقانى فى شرح الموطأ: و قال الجمهور و احمد و الشافعى و مالك فى رواية ابن وهب و المخزومى: لا يقع ؛ و قال ابو حنيفة و اصحابه: يقع مطلقا لأن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته =

= على وجود ملك المحل، كاليمين بالله تعالى ؛ و المسألة من الخلافيات الشهيرة ؛ قال ابن عبد البر : و روى احاديث كثيرة فى عدم الوقوع الا انها معلولة عند اهل الحديث، ومنهم من يصحح بعضها، و احسنها ما رواه الترمذى و قاسم بن اصبغ مرفوعا « لا طلاق الا بعد نكاح »؛ و لأبي داود « لا طلاق الا فيما يملك »؛ قال البخارى: وهو اصح شيء فى الطلاق قبل النكاح ؛ و اجيب عنهما بأنا نقول بموجبهما لأن الذى دلا عليه انما هو انتفاء وقوع الطلاق قبل النكاح و لا نزاع فيه، و انما النزاع فى التزامه قبل النكاح، و روى ابن خزيمة و البيهقى عن سعيد بن جبير قال : سئل ابن عباس عن الرجل يقول « ان تزوجت فلانة فهى طالق » فقال : ليس بشيء انما الطلاق لما ملك ، قالوا : فابن مسعود كان يقول : اذا وقت وقتا فهو كما قال ؟ فقال : يرحم الله ابا عبد الرحمن ؛ لو كان كما قال لقال الله « اِذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن » ؛ و روى الطبرانى عن ابن جريج قال : بلغ ابن عباس ان ابن مسعود يقول : ان طلق ما لم ينكح فهو جائز . فقال ابن عباس : اخطأ فى هذا انه تعالى يقول « اِذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » و لم يقل : اذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن - اه ؛ و لا حجة فى الآية لأنا نقول بموجبها فليست من محل النزاع - انتهى . و قال فى الجوهرالنقى : ذكر (البيهقى) فيه حديث « لا طلاق قبل النكاح » قلت : ذكر صاحب الاستذكار ان هذا الحديث روى من وجوه الا انها عند اهل الحديث معلولة، و قال البخارى: اصح ما فى الباب حديث عمرو بن شعيب ، و قال الترمذى : هو احسن شيء روى فى هذا الباب، و الكلام فى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده معروف ؛ و قد ذكر البيهقى ان حماد بن سلمة رواه عن حبيب المعلم عن عمرو عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ؛ ثم ذكر البيهقى ان بعضهم رواه كذلك و لم يعين ذلك الغير لينظر فيه، و حماد بن سلمة تكلم فيه - اعنى البيهقى - فى مواضع . و قد ساق الدارقطنى و غيره طرق هذا الحديث و لفظهم « عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده » و لم يذكروا « عبد الله بن عمرو » =

و قد ذكر البيهقى فى باب من قال يرث قاتل الخطأ حديثا من رواية عمرو عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ثم قال: الشافعى كالمتوقف فى روايات عمرو اذا لم ينضم إليها ما يؤكدها ، و فى الاستذكار: قيل لابن شهاب: أليس قد جاء: لاطلاق قبل نكاح و لا عتق قبل الملك ؟ فقال: انما ذلك اذا قال « فلانة طالق » و لا يقول « ان تزوجتها » و اما ان قال « ان تزوجتها فهى طالق » فهو كما قال اذا وقع النكاح وقع الطلاق ، و بهذا قال مكحول و ابو حنيفة و اصحابه و عثمان البتى ، و روى عن الأوزاعى و الثورى ؛ و فى موطأ مالك بلغه ان عمر و ابنه و عبد الله بن مسعود و سالم بن عبد الله و القاسم بن محمد و سليمان بن يسار و ابن شهاب كانوا يقولون : اذا حلف الرجل بطلاق المرأة على ان ينكحها ثم اثم ان ذلك لازمه اذا نكحها ؛ و قال صاحب الاستذكار: لا اعلم انه روى عن عمر فى الطلاق قبل النكاح شيء صحيح و انما روى عنه فيمن ظاهر من امرأة ان تزوجها انه لا يقربها ان تزوجها حتى يكفر ، وجائز ان يقاس على هذا الطلاق ؛ وحكى ابو بكر الرازى هذا القول عن عمر و النخعى و الشعبى و مجاهد و عمر بن عبد العزيز ، قال: و اتفق الجميع على ان النذر لا يصح الا فى ملك ، و ان من قال « ان رزقنى الله ألفا فلله علىّ ان اتصدق بمائة منها » انه ناذر فى ملك حيث اضافه اليه و ان لم يكن مالكا فى الحال ، و لو قال لأمته « ان ولدت ولدا فهو حر » فولدت عتق و ان لم يكن مالكا حال القول ، لأنه اضاف العتق الى الملك و ان لم يكن مالكا فى الحال . و فى مشكل الآثار للطحاوى : و قال عليه السلام لعمر « حبس الأصل و سبل الثمرة » فدل على جواز العقود فيما لم يملكه وقت العقد بل فيما يستأنف ، و اجمعوا على انه ان اوصى بثلث ماله يعتبر وقت الموت لا وقت الوصية . و قال الله تعالى « و منهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن » فهذا نظير : ان تزوجت فلانة فهى طالق ؛ و فى الاستذكار لم يختلف عن مالك انه ان عمم لم يلزمه ، و ان سمى امرأة او ارضا او قبيلة لزمه ، و به قال ابن ابى ليلى و الحسن =

= ابن صالح و النخعى و الشعبي و الأوزاعى و الليث ، و روى عن الثورى وخرج وكيع عن الأسود انه طلق امرأة ان تزوجها فسأل ابن مسعود فقال : أعلمها بالطلاق ثم تزوجها ؛ يعنى انه كان قد تزوجها اذ سأل ابن مسعود فأجابه بهذا ، و تكون عنده على اثنتين ان تزوجها ، و روى عنه فيمن قال « ان تزوجت فلانة فهى طالق » انه كما قال . و قال ابن ابى شيبة : ثنا عبد الله بن نمير و ابو اسامة عن يحيى بن سعيد قال : كان القاسم و سالم و عمر بن عبد العزيز يرون الطلاق جائزا عليه اذا عين ؛ قال : و ثنا ابو اسامة عن عمر بن حمزة انه سأل القاسم بن محمد و سالما و ابا بكر بن عبد الرحمن و ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم و عبيد الله بن عبد الرحمن عن رجل قال « يوم اتزوج فلانة فهى طالق البتة » فقالوا كلهم : لا يتزوجها ؛ و قال ايضا : ثنا حفص بن غياث عن عبد الله بن عمر قال سألت القاسم عن رجل قال « يوم اتزوج فلانة فهى طالق » قال : فهى طالق ؛ و قال ايضا : ثنا اسمعيل بن علية عن عبد الله : قلت لسالم بن عبد الله : رجل قال و كل امرأة يتزوجها فهى و كل جارية يشتريها فهى حرة ؟ فقال : اما انا فلو كنت لم انكح و لم اشتر ؛ ثم ذكر البيهقى عن ابن عباس انه استدل على عدم الوقوع بقوله تعالى « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » قلت : الآية دلت على انه اذا وجد النكاح ثم طلق قبل المسيس فلا عدة ، و لم تتعرض الآية لصورة النزاع اصلا - انتهى . فلا يستدل بها على عدم الوقوع ، و عبد الله بن مسعود افقه من ابن عباس رضى الله عنهم ، « كنيف ملئ علما » على لسان عمر بن الخطاب - كما لا يخفى على اولى الألباب . و الأحاديث التى استدلوا بها ان صحت ليست بواردة على مذهبنا فانا لم نقل بايقاع الطلاق قبل النكاح و قبل الملك حتى يرد لا طلاق له فيما لا يملك ، بل بوقوعه حين يملك بالتزوج و الملك لا قبله - تدبر . و التعليق غير التطليق فكيف يعترض بالحديث على التعليق ؟! و لعل ابن مسعود رضى الله عنه لو سئل عن غير المنسوبة لأجاب ايضا بما يوافق مذهبنا و ما قلنا به ؛ و ابن حزم استدل على مذهبه بعدم الوقوع =

امرأة أتزوجها طالق البتة إلا قرشية أيجوز هـذا القول؟ ينبغى فى قولكم أن يجوز [يمينه][1] هذه لأن له أن يتزوج القرشيات فلم يعم فى يمينه[2]!

= مطلقا بالآية المذكورة و قال: فلم يجعل الله تعالى الطلاق الا بعد عقد النكاح، ومن الباطل ان لا يقع الطلاق حين ايقاعه ثم يقع حين لم يوقعه الا ببرهان واضح، و وجدناه انما طلق اجنبية وطلاق الأجنبية باطل - اه. و انت تعلم انهم لم يوقعوا الطلاق قبل النكاح بل علقوا الطلاق على وجود النكاح.. الملك و التعليق غير التطليق، و لم يجعل الله التعاليق ممنوعا، بل قالوا: بموجب الآية، و ليست لها تعلق بمحل النزاع فانها دالة على انه اذا وجد النكاح ثم طلق قبل المسيس فلا عدة عليها، و اين هذا من ذاك؟ و لم يطلق الأجنبية كما زعم حتى يكون باطلا بل وقع الطلاق على زوجته! وهو لم يفرق بسبب سوء فهمه بين التعليق و التطليق، و التعليق ثابت بالنص، قال الله تعالى «ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن» الآية؟ و لو لم يجز لما قال الله تعالى هكذا - «و ما كان ربك نسيا» و الفرق بين قول الرجل «كل امرأة اتزوجها فهى طالق» و بين قوله لامرأته «ان طلقتك فأنت مرتجعة» ظاهر بين هو لم يفهمه، و ما اورده من نظائر مختلفة لا مساس لها بمحل النزاع فقوله بعد ذاك: فلا ندرى من اين وقع لهـم جواز تقديم الطلاق و الظهار قبل النكاح - اه. هذا افتراء منه على الأئمة فانهم لم يقولوا بتقديم الطلاق على النكاح، و الظهار ثبت عن عمر بن الخطاب بسند صحيح و هو بعد النكاح لا قبله كما تفوه و دلس فى المسألة و ليس فيها و لم يقدر على اتيان البرهان على دعواه الا فهمه وهو لا يجدى نفعا و لا يغنى من جوع و لا يكون حجة على غيره الا بالشغب و اصرار الجدال! و لا تلتفت الى ما فى التعليق المغنى على الدارقطنى فان الآثار محتملة المعنى فلا تكون نصا صريحا فى الحجية على المقصود.

(١) ما بين المربعين لم يذكر فى الأصول، و لا بد منه.

(٢) الاستفهام، و السياق يقتضى انه لا يجوز عندهم، و اصلهم يقتضى جوازه، فى =

أرأيتم إن قال « كل امرأة أتزوجها فهى طالق إلا بنات فلان » أيجوز هذا القول[١] ؟! ينبغى فى قولكم أن يجوز يمينه هذه و لا تبطل ، و يكون الأمر على ما قال لأنه قد بقى من النساء من يتزوجه فهذا لم يعم[٢] ؛ أرأيتم

= المدونة ؛ قلت : أرأيت ان قال « كل امرأة اتزوجها الا من الفسطاط فهى طالق » ؟ قال : يلزمه فى قول مالك ان لا يتزوج من غير الفسطاط ؛ قلت : أرأيت ان قال « كل امرأة اتزوجها فهى طالق الا من قرية كذا و كذا » و يذكر قرية صغيرة ؟ قال : ارى ان ذلك لا يلزمه اذا كانت تلك القرية ليس فيها من يتزوج - اه . و الأصل فيه ان الحنفية نظروا الى تناسب بين الشرط و الجزاء فاذا وجد وهما متناسبين قالوا بتأثير التعليق و إلا فلا ، و اذ لا تناسب فى قوله « ان دخلت الدار فأنت طالق » للأجنبية فانه لا حق له تنجيزا و لا تعليقا ؛ قالوا ببطلانه ، بخلاف ما اذا اضاف طلاقها الى زمان صلح للطلاق كالنكاح و الملك . و هذا كما قالوا فى الكفالة : ان تعليقها بنحو « ان هبت الريح » مهمل ، بخلاف « ان ركب عليك دين » فانه معتبر ؛ و ابن حزم لم يفهم هذا الأصل و مشى على ظاهريته و زعم ما زعم و شغب بما شغب ! و الله يهدى من يشآء الى صراط مستقيم .

(١) و الحال انه على اصلكم لا يجوز ؛ فى المدونة : قلت : أرأيت ان قال « كل امرأة اتزوجها فهى طالق الا فلانة » و سمى امرأة بعينها ذات زوج او لا زوج لها ؟ قال : بلغنى انه قال : لا ارى عليه شيئا ، قال : و هو بمنزلة رجل قال « ان لم اتزوج فلانة فكل امرأة اتزوجها فهى طالق » ، و هو رأيى ؛ قلت : أرأيت ان قال « ان لم اتزوج من الفسطاط فكل امرأة انكحها فهى طالق » قال : لم اسمع من مالك فيه شيئا ، و ارى ان لا يتزوج الا من الفسطاط و الا لزمه الحنث - اه .

(٢) فانه على اصلكم اذا لم يعم الرجل يكون الأمر على ما قال - كما عرفت من الموطأ . قال مالك : اما قوله « كل امرأة انكحها فهى طالق » فانه اذا لم يسم امرأة بعينها =

إن

إن حرم عليه هذا و جعلتم يمينه جائزة فماتت بنات فلان اللواتى استثنى[1] أيبطل يمينه و يحل له[2] أن يتزوج من يشاء من النساء؟ فان قلتم: لا يبطل يمينه؛ فقد حرم على هذا من بقى من نساء أهل الأرض[3] و صار بمنزلة من عم فى يمينه، و من زعم أن يمينه قد بطلت وحل له أن يتزوج من النساء من يشاء! فهذا من العجب أن يكون يمينه عليه مؤكدة ثابتة جائزة فى من يشاء من النساء و أن يتزوج امرأة طلقت ثلاثا فان مات[4] غيره[5] ممن

= كزينب او قبيلة كتميم او ارضا كمن الأرض الفلانية او نحو هذا بلدا كمصر فليس يلزمه ذلك و ليتزوج ما شاء - اه الموطأ مع الزرقانى لأنه عم فقال « كل امرأة »؛ و فى المدونة: قال: ما سمعت من مالك و لكن سمعت من اثق به يحكى عن مالك انه قال: اذا ضرب من الآجال اجلا يعلم انه لا يعيش الى ذلك الأجل فهو كمن عم النساء فقال « كل امرأة اتزوجها فهى طالق » و لم يضرب اجلا فلا يكون يمينه شيئا و لا يلزمه من يمينه طلاق بهذا القول ان تزوج - اه من المدونة.

(١) اى استثناها. لعل ضمير المفعول سقط من قلم الناسخ.

(٢) كذا فى الأصل. و فى الهندية « و يحد » من الحد و هو خطأ، و الصواب « و يحل » من الحلال كما هو فى الأصل.

(٣) و ضيق عليه و حرج. و الحرج و الضيق مدفوع مهما امكن، كما فى النصوص القرآنية و الحديثية.

(٤) كذا فى الأصول، و لعله « و ان مات » بالواو؛ و على كلتا الصورتين معناه صحيح.

(٥) كذا فى الأصل بافراد الضمير و تذكيره - تأمل فيه؛ و فى الهندية « غيرهن » بالجمع و هو عندى صحيح كما هو بعده؛ و قوله « لم يدخله » من الادخال - كما لا يخفى. قال امام العصر الشيخ الأنور فى املائه فى درس البخارى: وقد جمع البخارى ههنا من السلف اسماء كثيرة، و السبب فى ذلك انه وقع مثله فى زمن ابن عبد الملك فاستفتى علماء زمانه =

= فاجتمعت عنده فتياهم على عدم تأثير التعليق فنقلها البخارى ، و من اراد ان يجمع اسامى الذين اجابوا على وفق مذهب الحنفية فليراجع الجوهرالنقى و نصب الراية و شرح الصحيح للعينى ؛ قلت : و لنا ما عن عمر عند مالك فى الموطأ و هو و ان كان فى الظهار لكن اذا صح الظهار فى الأجنبية فلا وجه ان لا يصح تعليق الطلاق فيها - اه . فى باب ظهار الحر من الموطأ مع شرح الزرقانى ج ٣ ص ٤٢ : مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقى انه سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته ان هو تزوجها اى علق طلاقها على تزوجه اياها فقال القاسم بن محمد : ان رجلا جعل امرأة عليه كظهر امه ان هو تزوجها فأمره عمر بن الخطاب ان هو تزوجها ان لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر ، فقاس القاسم تعليق الطلاق على تعليق الظهار فى اللزوم بجامع ما بينهما من المنع من المرأة (مالك انه بلغه ان رجلا سأل القاسم بن محمد و سليمان بن يسار عن رجل تظاهر من امرأة قبل ان ينكحها فلا يمسها حتى يكفر كفارة المتظاهر) ؛ فوافق سليمان بن يسار على وقوع الظهار المعلق - اه . و اخرجه الامام محمد رحمه الله فى موطئه فى باب الرجل يقول اذا نكحت فلانة فهى طالق : اخبرنا مالك عن سعيد بن عمرو بن سليم الزرقى عن القاسم بن محمد ان رجلا سأل عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : انى قلت « ان تزوجت فلانة فهى على كظهر امى » ؟ قال : ان تزوجتها فلا تقربها حتى تكفر ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، و هو قول ابى حنيفة ، يكون مظاهرا منها اذا تزوجها فلا يقربها حتى يكفر - انتهى . و به قال مالك و احمد بن حنبل و اصحابهم و سفيان الثورى و اسحاق ، و هو قول عطاء و سعيد بن المسيب و الحسن و عروة بن الزبير . صح ذلك عنهم كما فى المحلى ؛ و لا تلتفت الى ما قال ابن حزم فى المحلى فليس فهمه حجة على الصحابة و التابعين و الأئمة المجتهدين لاسيما عمر بن الخطاب الناطق بالحق و الصدق و الصواب ، فان النزاع فى تعليق الظهار لا فى الظهار من امرأته الذى فى قوله تعالى « الذين يظاهرون من نسآئهم » الآية فانهم قالوا بموجبه ؛ و الآية لم تتعرض =

لم يدخله فى اليمين بطلت اليمين على النساء اللاتى كانت عليهن اليمين المؤكدة ثابتة جائزة بموت غيرهن .

باب الرجل يقول: كل امرأة أتزوجها من بنى فلان فهى طالق ثلاثا البتة

محمد قال قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إذا قال الرجل « كل امرأة أتزوجها من بنى فلان فهى طالق ثلاثا البتة » فانه لا يتزوج منهن امرأة إلا طلقت منه البتة ، فان عاد فنكحها بعد زوج لم تطلق لأنه قد حنث فيها مرة و لا يحنث فيه[1] مرة أخرى[2] . و قال أهل المدينه : تطلق أبدا كلما تزوجها

= لتعليق الظهار فلا يستدل بها على منعه ، و ليس له دليل على دعواه الكاذبة ، و ما كان ربك نسيا ؛ و لا يسمع دون قول رسول الله صلى الله عليه و سلم ، و ابن عباس رضى الله عنهما لا يوازى عمر بن الخطاب فى العلم و التفقه و هو من البدريين و الخلفاء الراشدين المهديين ؛ و المحقق ابن الهمام قد تمسك بأثر عمر رضى الله عنه فى فتح القدير و قال : فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك و لم ينكر عليه احد من الصحابة فكان اجماعا - اه . و قد سبق الى ذلك ابن عبد البر فى الاستذكار - كما مر من الجوهر النقى ؛ و قد استدل به ابو حنيفة و مالك و احمد و الثورى و اسحاق و عطاء و ابن المسيب و القاسم و سليمان بن يسار و غيرهم على صحة تعليق الظهار بالملك ، و تعليق الطلاق مقيس عليه بجامع ما بينهما من المنع . فتقوى به ما ورد عن عمر فى تعليق الطلاق و ان كان فيه ضعف ؛ و حكم الموضوعية عليه كما صدر من ابن حزم - فهو من وساوسه و هواجسه لا يعبأ به . و الله سبحانه يهدى من يشآء الى صراط مستقيم .

(١) كذا فى الأصول بالتذكير . وعندى الأولى « فيها » بالتأنيث كما فى ما قبله ؛ المراد به اليمين و هو مؤنث عندهم ، و يمكن ان يرجع الضمير الى التعلق المستفاد من قوله « كل امرأة اتزوجها - الخ » أو الراجع الى المذكور - تأمل .

(٢) لأنه انتهت طلقات هذا الملك ، و قد علمت فيما تقدم ان لفظ « كل » يقتضى =

و إن تزوجها عشرين مرة[١] .

و قال محمد : إنما قال « كل امرأة أتزوجها » فانما التزويج على مرة واحدة و ليس على كل تزويج[٢] : أرأيتم رجلا قال لامرأة « إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا البتة » فتزوجها فطلقت ثم تزوجها بعد زوج آخر[٣] أتطلق مرة أخرى[٤]

= عموم الأسماء و لذا تدخل عليها . و فيها تنتهى اليمين فى حق اسم تبقى فى حق غيره من الأسماء . و ان المحلوف عليه طلقات هذا الملك و هى متناهية فلا تقع بعد الثلاث ، فتنحل اليمين بعدها فلا يقع مرة اخرى، بعد زوج آخر . و من فروعها على ما فى رد المحتار : لو كان له اربع نسوة فقال « كل امرأة تدخل الدار فهى طالق » فدخلت واحدة طلقت . و لو دخلن طلقن . فان دخلت تلك المرأة مرة اخرى لا تطلق ؛ و لو قال « كلما دخلت » فدخلت امرأة طلقت ، و لو دخلت ثانيا تطلق و كذا ثالثا . فان تزوجت بعد الثلاث وعادت الى الأول ثم دخلت لم تطلق ، خلافا لزفر - اه .

(١) فى ج ٢ ص ١٢٣ من المدونة : قلت : أرأيت ان تزوجها بعد ما طلقت عليه؟ قال : ترجع اليمين عليه و يقع عليه الطلاق ان تزوجها ثانية . قلت : فان تزوجها ثلاث مرات فبانت منه بثلاث تطليقات ثم تزوجها بعد زوج أيقع عليه الطلاق ايضا فى قول مالك؟ قال : نعم يقع الطلاق عليها كلما تزوجها و ان بعد ثلاث تطليقات ، كذلك قال مالك - انتهى ما فى المدونة . و كيف تطلق فانه لم يقل « كلما » التى تدل على عموم الأوقات بخلاف « كل » فافهم .

(٢) و لا يحكم بطلاقها على كل تزويج بل يقتصر على طلقات هذا الملك و لا يتجاوز عنه ، و الا لضاق الأمر على الناس . و القاعدة الأمر اذا ضاق اتسع .

(٣) الذى تزوجها بعد الثلاث و انقضاء العدة ، اى التى طلقت بعد التعليق .

(٤) لا تطلق عندكم ايضا لأن طلقات هذا الملك قد انتهت فتبطل اليمين و لا يقع الطلاق ، و الا لضاق على الناس .

و قد

و قد حنث فيها مرة ! (فهذا مما لا يحل[1] عندنا على أحد[2] إنها لا تطلق إلا مرة واحدة[3] فكذلك قوله «كل امرأة أتزوجها فهى طالق البتة» فاذا تزوج امرأة فطلقت[4] فقد حنث فيها مرة)[5] و لا يحنث فيها مرة أخرى، و إنما قوله «كل امرأة» يعنى به جماعه النساء[6]. فالتى تزوجها من أولئك النساء فليس يقع عليها الحنث إلا مرة واحدة.

باب الرجل يحلف لا يتسرى جارية

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجل يحلف أن لا يتسرى[7]

(١) هكذا فى الأصل «لا يحل» من الحلال و لا يناسب لقوله «على احد» لأن صلته تكون باللام. و ان كان من الحلول و هو النزول كانت صلته الباء، حل بالمكان اذا نزل؛ و لم يتبين لى مغزى العبارة و معناها فتدبر و تأمل فيها لعل معناها: لا يجوز عندنا لأحد ان يقول به، او ليس بحلال على احد ان يقول به فانه ظاهر الفساد، و هو لا يليق بأهل العلم - و العلم عند الله تعالى بمراد عباده.

(٢) ههنا بياض فى الهندية، و لعل مكان البياض قوله «ان يقول به».

(٣) لأن لفظ «ان» لايقتضى التكرار و لا عموم الأوقات فتنحل اليمين اذا وجد الشرط مرة فقط و لا يتكرر.

(٤) اى بعد التعليق بلا عدة لأنها غير المدخول بها.

(٥) كذا فى الهندية، و من قوله «فهذا ما لايحل» لم يذكر فى الأصل. و العبارة هذه غير مربوطة فمن ادخلها فى المتن؟ لأنها لا تجدى نفعا - ف.

(٦) اى اللاتى من بنى فلان، يعنى التى فى اليمين بالثلاث.

(٧) من التسرى و هو مصدر من السر. فى المغرب: و السرية واحد السرارى، فعلية من السر، و السر الجماع، او فعلوة من السر و السيارة، و التسرى كالتظنى على الأول، و الثانى ظاهر، و الأول اشهر - اه. و فى رد المحتار عن الطحطاوى: قوله «سرية» =

الجارية: إن التسرى أن يبوئها بيتا و يحصنها و يطأها طلب ولدها أو لم يطلب[١]. و قال أهل المدينة: الاستسرار أن يطأ جاريته التمس ولدها أو لم يلتمس حصنها أو لم يحصنها بوأها بيتا أو لم يبوئها[٢].

و قال محمد: كيف سُرّية[٣] و هى خادمة تستقى الماء لأهلها و تشترى

= نسبة الى السر و هو النكاح، و التزم ضم السين كضم الدال فى «دهرية» نسبة الى الدهر او الى السرور لحصوله بها - اه. قال فى الدر المختار: و صح نكاح اربع من الحرائر و الاماء فقط للحر لا اكثر و له التسرى بما شاء من الاماء. فلو له اربع و ألف سرية و اراد شراء اخرى فلامه رجل خيف عليه الكفر - اه. و فى ج ٢ ص ١٠٩ من مجمع البحار: و فى حديث عائشة و ذكر لها المتعة فقالت: و الله ما نجد فى كتاب الله الا النكاح و الاستسرار؛ اى اتخاذ السرارى من السر اى النكاح او من السرور، و منه لتسريت اذا اتخذت سرية، بابدال الراء ياء و قيل: هى اصل من السرى النفيس؛ ن: السرارى بتشديد ياء و يخفف جمع سرية بالتشديد؛ نه: و منه: فاستسرنى، اى اتخذنى سرية، قيل: قياسه تسررنى او لتسرانى. فأما استسرنى فمعناه القى الى سرا، لكن لا فرق بينه و بين حديث عائشة فى الجواز (الى قوله) «و لا تواعدوهن سرا» السر الافصاح بالنكاح و المجامعة و الزنا سر - انتهى.

(١) فالتبوية و التحصين و الوطء داخل فى الاستسرار، و طلب الولد لا يكون مقصودا فى التسرى، و غير خاف عليك ان الامام محمدا ايضا امام فى اللغة و اقواله معتبرة فيها و يظهر ذلك من كتبه لاسيما من الجامع الكبير، و قد اعتمد على اقواله ابو عبيد فى «غريب الحديث».

(٢) هذا اختلاف فى معنى الاستسرار و لذا اختلفوا فى مسائل منها، و عند اهل المدينة الوطء داخل فى الاستسرار لا غير.

(٣) بضم السين و تشديد الراء. نسبة الى السر و هو النكاح او الجماع، او الى السرور - كما مر عن الطحطاوى.

لهم حوائجهم[١] !! و إنما السُرِّية المحصنة التى توطأ و تبوئ البيت[٢]، فهذه التى يقع عليها اسم «السرية». فأما ما كان خادما تستقى الماء و تشترى الحوائج لأهلها، فهذه ليست بسرية.

باب الرجل يقول لامرأته: كل امرأة أتزوجها عليك فهى طالق البتة

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل قال لامرأته «كل امرأة أتزوجها عليك فهى طالق البتة» فطلق امرأته التى كانت عنده ثلاثا أو واحدة فانقضت عدتها ثم تزوج الأخرى ثم تزوج الأولى، بعد ما تزوجت زوجا غيره و دخل بها: إنهما امرأتاه جميعا، فلا يقع على واحدة منهما طلاق[٣]. و قال أهل المدينة: إذا قال الرجل لامرأته «كل امرأة أتزوجها عليك فهى[٤] طالق البتة» فان طلق امرأته ثلاثا البته ثم تزوج امرأة ثم

(١) فمن كانت على هذه الأحوال من استقاء الماء و اشتراء الحوائج لأهلها و الخروج و الدخول الى السوق ليلا و نهارا لا تكون سرية، و الا لا فرق بينها و بين الاماء الأخرى، و لا بد من الفرق بينهن.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «التى توطأ و هو البيت» و هو خطأ. لا معنى لها، و الصواب تبوئها البيت، او: تبوئها فى البيت.

(٣) لأنه لم يتزوجها عليها حتى ترد عليه اليمين، بل نكح غيرها بعد خروجها عن ملكه ثم تزوج الأولى على الثانية، و هو ليس بيمين فلا تطلق، و تكون المرأتان زوجتيه، و هذا ظاهر.

(٤) الضمير سقط من الأصول بقلم الناسخ، و الصواب «فهى طالق البتة».

تزوج امرأته التى طلق[1] البتة بعد زوج[2] و قد دخل بها لم يحنث[3]، و إن

(١) كذا فى الأصول، و الأولى «طلقها» باظهار ضمير المؤنث.

(٢) اى زوج آخر الذى نكحها بعد تطليق الأول و طلقها و انقضت عدتها ثم تزوجها على الثانية.

(٣) لم يحنث كما قال الامام ابو حنيفة رحمه الله، و هذه وفاقية، و الخلافية بعدها. و فى المدونة: قلت: أرأيت لو ان رجلا قال لامرأته «كل امرأة اتزوجها عليك فهى طالق» فطلق امرأته تطليقة او تطليقتين أو ثلاثا ثم تزوج امرأة ثم تزوج امرأته التى حلف لها ان لا يتزوج عليها فتزوجها بعد زوج او قبل زوج ان كان الطلاق تطليقة أ يقع على الأجنبية التى تزوج من الطلاق شيء ام لا؟ قال: قال مالك: اذا طلق امرأته التى حلف ان لا يتزوج عليها ثلاثا ثم تزوج امرأة ثم تزوج امرأته التى حلف عليها انه لا شيء عليه فى التى تزوج و لا فى امرأته التى حلف لها، و ان كان طلاقه اياها واحدة فانقضت عدتها ثم تزوج امرأة ثم تزوجها عليها قال مالك: فانما يطلق ايتهن كانت فيها اليمين ما بقى من ذلك الطلاق شيء؛ قلت: أرأيت ان قال لامرأته «كل امرأة اتزوجها عليك فهى طالق» فطلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج ثم تزوج عليها؟ قال: قال مالك: لا تلزمه اليمين؛ قلت: لم؟ قال: لأن طلاق ذلك الملك الذى كان حلف فيه قد ذهب كله، ألا ترى انه قال «كل امرأة اتزوجها عليك فهى طالق» فلما ذهب ملك المرأة التى تحته فلا يمين عليه، وكذلك المسألة الأولى؛ قلت: فاذا هو طلقها تطليقة ثم تزوجها ثم تزوج عليها؟ قال: تطلق التى تزوج عليها فى قول مالك؛ فان طلقها تطليقة ثم تزوج امرأته قال: قال مالك: تطلق عليه الأجنبية؛ قلت: لم و انما قال «كل امرأة اتزوجها عليك» فهو انما تزوج اجنبية ثم تزوجها على الأجنبية؟ قال: قال مالك: يلزمه الطلاق تزوجها قبل الأجنبية او تزوج الأجنبية قبلها ما بقى من طلاق امرأته التى كانت فى ملكه شيء - انتهى.

طلق امرأته الأولى واحدة فانقضت عدتها ثم تزوج امرأة ثم إنه تزوج التى كان طلق[1] وقع الحنث على المرأة التى كان تزوج[2] أول مرة بعد يمينه، لأنه جمع بينهما قبل أن يذهب طلاق النكاح الأول كله .

و قال محمد : إنما قال « كل امرأة أتزوجها عليك فهى طالق البتة » فاذا طلق امرأته التى عنده واحدة أو ثلاثا فانقضت[3] عدتها ثم تزوج امرأة فلم يتزوجها عليها[4] و قد خرجت الأولى من ملكه و حل لها أن تنكح غيره فاذا تزوج امرأة و الأولى ليست فى ملكه فقد خرج من يمينه و صار غير متزوج على لأولى[5] . فاذا تزوج الأولى على الثانية و لم يتزوج الثانية على الأولى فان كان طلق الأولى واحدة أو ثلاثا فهو سواء . فأما ما قال أهل المدينة فليس بشىء ، ينبغى[6] أن جعلوا ذلك تزويجا عليها أن يحنث فى الوجهين ، فان[7] لم يجعلوا ذلك أن لا يحنث من واحد[8] من الوجهين جميعا .

(١) اى طلقها ؛ و المتقدمون يحذفون ضمير المفعول فى مواضع من عباراتهم - كما لا يخفى على من طالع زبرهم .

(٢) اى تزوجها ؛ مثل الجملة الأولى .

(٣) هكذا فى الأصول بالفاء . و قيل « و انقضت » بالواو و هو الأولى عندى .

(٤) كذا فى الأصول ، و لعل العبارة الآتية سقطت من الأصول بعد قوله « عليها » (و كيف يكون تزوجها عليها) او نحوها ، و إلا لتكون العبارة مختلة .

(٥) ى الأصول « الأول » ، و هو تصحيف و خطأ من الناسخ .

(٦) جملة مستأنفة ، و فاعله قوله « ان يحنث » ؛ و قيل : صفة لشىء ، و هو ليس بشىء - كما لا يخفى على ذكى .

(٧) قيل : و الصواب « و ان » بالواو ، و هو ايضا صحيح .

(٨) كذا فى الأصول « من واحد » و الصواب عندى « فى واحد » بكلمة « فى » الظرفية مكان « من » .

فأما ما قالوا إن طلاق الملك[1] إذا ذهب [كله لا يلزمه اليمين][2] وكان حالفا[3] إذا بقى منه شىء[4]. فهذا ليس مما دخل فى هذه المسألة[5] لأنه إنما قال «إن تزوجت عليك»[6] و لم يقل «إن تزوجت ما بقى من طلاقك شىء» فاذا تزوج و قد خرجت الأولى عن ملكه و حل لها. أن تتزوج[7] غيره فكيف يكون[8] و قد تزوج عليها ؟! أرأيتم لو قال لامرأته «إن تزوجت عليك

(١) كذا فى الأصول، و الصواب «طلاق ذلك الملك» فسقط لفظ «ذلك» بسهو الناسخ و لا بد منه.

(٢) سقط ما بين المربعين من البين، و راجع المدونة ج ٢ ص ١٢٤ و العبارة منها قد تقدمت فتذكرها.

(٣) فى الأصول «مخالفا» من المخالفة و هو لايناسب المقام، بل هو خطأ. و الصواب «حالفا» راجع عبارة المدونة.

(٤) فى الأصول العبارة هكذا، و فى المدونة: كانت «فيها اليمين ما بقى من ذلك الطلاق شىء» او «ما بقى من طلاق امرأته التى كانت فى ملكه شىء» و العبارة منها قد تقدمت فراجعها.

(٥) يعنى هذا الحكم ليس بداخل فى هذه المسألة و بينهما فرق و قد اوضحه بالدليل بقوله «لأنه انما» الى آخره.

(٦) هذا تمثيل، و الا فالنزاع فى قوله «كل امرأة اتزوجها» و الفرق بين معنى «كل» و «ان» الشرطية ظاهر باهر.

(٧) كذا فى الأصل، و فى الهندية «تزوج» باحدى التائين تشبه بالماضى، و الأولى ما فى الأصل «تتزوج» بالمضارع المؤنث الغائب.

(٨) هكذا فى الأصول، اى: فكيف يكون هذا الحكم صحيحا ؟ «و قد تزوج عليها» جملة حالية.

فالتى أتزوج عليك طالق البتة»[1] وقال «إنى نويت أن أطلقها تطليقة» فاذا انقضت عدتها تزوج غيرها ثم تزوجها بعد؟ فان قالوا: لا تنفعه نيته هذه شيئا فان تزوج امرأة بعد ما تنقضى عدتها ثم تزوجها وقع الطلاق على التى حلف عليها و لم يخرجه من يمينه نيته[2]. قيل لهم: هذا من الأمور التى لا يحتج فيه[3] بأقبح من هذا، إن الرجل ينوى شيئا مستقيما جائزا فى كلام الناس فلا يجوز له ما نوى[4]؟ و هذا عندنا لم ينو شيئا[5]، لم يكن يمينه إلا على ما ذكر أنه نواه لأنه قد تكلم فى يمينه بذلك و نواه فقال «كل امرأة أتزوجها عليك» فاذا تزوج امرأة و ليست الأولى[6] فى ملكه فلم يتزوج

(١) هكذا العبارة فى الأصول بالتكرار، و الأنسب «ان تزوجت عليك امرأة فهى طالق "بتة» - تأمل.

(٢) راجع المدونة من كتاب الايمان فى الطلاق.

(٣) كذا فى الأصول «فيه» بتذكير الضمير، لعله راجع الى قوله «هذا»؛ و قيل: الراجح الصحيح «فيها» بالتأنيث الراجع الى «الأمور» - تدبر.

(٤) عندى جملة استفهامية، اى: أ فلا يعتبر ما نواه فانه نوى شيئا مستقيما جائزا عند الناس فعدم اعتبار نيته عجيب جدا؟ و ان لم يكن معنى الاستفهام ملحوظا فيها لا يتحصل معنى الجملة - كما لا يخفى؛ و عندى فى العبارة خلل من الناسخ - و العلم عند الله تعالى.

(٥) هكذا فى الأصول، و لم يتحقق عندى معنى هذه الجملة.. لا تتعلق بظاهرها بما قبلها و لا بما بعدها، و لعل شيئا من العبارة سقط من قلم الناسخ و راجع المدونة ص ١٢٤ و ص ١٢٥ و ص ١٢٦ فان الامام محمدا يقول بعده: لم يكن يمينه الا على ما ذكر انه نواه - اه. فاذا كان عنده انه نواه و نيته معتبرة فكيف يستقيم قوله «و هذا عندنا لم ينو شيئا»؟! تأمل فى العبارة فانى لم احصل معناها. وعليك بالتأمل فيها.

(٦) كذا فى الأصل. و فى الهندية «الأول» و هو تصحيف.

عليها إنما التزويج[1] عليها أن يتزوج و هى فى ملكه؛ أرأيتم لو لم يتزوج الأولى التى طلق أتطلق الأولى التى تزوج بعد يمينه علـى التى تزوج آخر مرة و نكاح الآخرة بعد كل نكاح[2]!؟

باب الرجل ينكح المرأة و يشترط ان نكح غيرها فهى طالق البتة

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى رجل نكح امرأة و شرط لها إن نكح عليها غيرها فهى طالق ثم نكح و قال «إنما أردت بقولى طالق أنها طالق واحدة»: إن ذلك يقبل منه و تطلق التى عنده واحدة، و لا تبين بها إن كان دخل بها قبل أن يتزوج عليها لأن قوله «طالق واحدة» يملك الرجعة و لم يشترط لها عند ذلك[3]. و قال أهل المدينة: هى أملك بنفسها إن تزوج عليها. و إن قال «أردت واحدة غير بائن» لم يلتفت إلى قوله لأن ذلك للزوج، و لم تنتفع المرأة بشرطها و إنما شرطته لتنتفع به فلا ينكح عليها غيرها[4].

(١) كذا فى الأصول «التزويج» من باب التفعيل، و لكن المقام يقتضى ان يكون «التزوج» من باب التفعل - تدبر.

(٢) يعنى لا تطلق لأنها تأخرت بنكاح الثانية، و لم تتقدم عليها حتى تطلق الأولى.

(٣) لعل قوله «طلاقا بائنا» سقط بعد قوله «عند ذلك» من الأصول، كما يفهم من المدونة.

(٤) فى المدونة: قلت: أرأيت لو ان امرأة شرطت على زوجها ان لا يتزوج عليها فان تزوج عليها فأمر نفسها فى يدها فتزوج عليها فطلقت امرأته نفسها ثلاثا أيكون ذلك لها ان انكر الزوج الثلاث؟ قال: قال مالك فى هذه المسألة بعينها: ان ذلك لها و لاينفع الزوج انكاره؛ قلت: و سواء كان قد دخل بها او لم يدخل بها حتى =

و قال محمد - رحمه الله : إنها لم تشترط فى أصل، النكاح طلاقا بائنا و لا طلاقا ثلاثا، و هى التى صنعت ذلك، و ليس علينا أن نزيدها أكثر مما طلبت و إنما قالت له « إن تزوجت على فأنا طالق » فقد ثبت أنها لم تطلب ثلاثا، و إن كانت جهلت فليس علينا[1] جهلها و قد كان ينغى لها أن تشترط طلاقا بائنا، فأما أن يعطيها غير ما طلبت و غير ما شرطت فهذا ما لا ينبغى أن يعطاه أحد[2]. و قد ذكرتم فى هـذا أنها أملك بنفسها بتطليقة واحدة فكيف قلتم هذا و أنتم لا تعرفون التطليقة البائنة فى قولكم[3]؟ قالوا: فانا

= تزوج عليها؟ قال: الذى حملنا عن مالك ان ذلك شرط لها دخل بها او لم يدخل بها لأنها حين شرطت انما شرطت ثلاثا فلا نبالى أدخل بها حين تزوج عليها او لم يدخل بها. لها ان تطلق نفسها ثلاثا، فان طلقت نفسها واحدة فان كانت مدخولا بها كان الزوج املك بها، و ان كانت غير مدخول بها كان بائنا بالواحدة؛ قلت: أرأيت ان طلقت نفسها واحدة أيكون لها ان تطلق نفسها اخرى بعد ذلك و يقول « ما ملكتك الا فى واحـدة »؟ قال: نعم؛ قلت: و هذا قول مالك؟ قال: نعم - اه. و راجع ص ١٢٤، و تذكر ما مضى من قبل.

(١) كذا فى الأصل. و فى الهندية « عليها ». قال العلامة المفتى حفظه الله: و الأولى عندى « عليه » و الضمير راجع الى الزوج، و « علينا » ايضا صحيح - ف.

(٢) كذا فى الأصول بزيادة ضمير المفعول و هو راجع الى غير المشروط و غير المطلوب و على هذا ايضا يستقيم المعنى، وكتب المصحح: لعل الأولى ان « يعطى احد » و هو ايضا صحيح، بل هو الأولى مما فى الأصول.

(٣) راجع المدونة من: باب فيمن شرط أن لا يتزوج عليها فان فعل فأمرها بيدها، ومن: باب فيمن قال « كل امرأة اتزوجها فهى طالق » و من: باب من قال « كل امرأة اتزوجها فهى طالق الا من موضع كذا » فان مسائل هذا الباب متفرقة فى الأبواب، و راجع كتاب الأيمان من المدونة.

نجعل هذا بمنزلة الخلع . قيل لهم: و كيف يكون خلعا و لم يؤخذ عليه مال [١] ! و إنما الخلع ما أخذ عليه المال ، و هكذا جاءت السنة [٢] أن ما أخذ عليه جعل فهو بائن ، و هذا لم يؤخذ عليه جعل وكيف يكون بائنا ؟! و لقد كان ينبغي فى قولكم أيضا أن تفسدوا نكاحها أول ما تزوجت لأنها

---

(١) فى التنوير: الخلع هو ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع او ما فى معناه ، و لابأس به عند الحاجة بما يصلح للمهر ، و هو يمين فى جانبه فلا يصح رجوعه قبل قبولها ، و لايصح شرط الخيار له و لا يقتصر على المجلس . و فى جانبها معاوضة فصح رجوعها و شرط الخيار لها و يقتصر على المجلس . و يكون بلفظ البيع و الشراء و الطلاق و المبارأة . و الواقع به و بالطلاق على مال طلاق بائن . و هو من الكنايات فيعتبر فيها . و كره اخذ شيء ان نشز ، و ان نشزت لا - انتهى . و راجع تفصيله من الدر المختار و رد المحتار و فتح القدير و البدائع و البحر . و فى النيل: هو فى اللغة فراق الزوجة ، مأخوذ من خلع الثوب لأن المرأة لباس الرجل معنى ، و هو فى الشرع فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له ؛ و اجمع العلماء على مشروعيته الا بكر بن عبد الله المزنى التابعى فانه قال: لا يحل للزوج ان يأخذ من امرأته فى مقابل فراقها شيئا - اه .

(٢) لعله اشارة الى حديث ابن عباس رضى الله عنهما فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس الذى رواه البخارى و النسائى قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس الى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله ! انى ما اعتب عليه فى خلق ولا دين و لكنى اكره الكفر فى الاسلام ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ؛ فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم اقبل الحديقة و طلقها تطليقة - اه . و روى الدارقطنى ثم البيهقى فى سننيهما من حديث عباد بن كثير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه و سلم جعل الخلع تطليقة بائنة - انتهى . و رواه ابن عدى فى الكامل و اعله بعباد بن كثير الثقفى ، و سكت عنه الدارقطنى - كذا =

= فى التخريج ؛ لكن يشد ضعفه بآثار أخر رويت فى الباب ؛ روى مالك فى الموطأ عن هشام بن عروة عن ابيه عن جمهان مولى الأسلميين عن ام بكر الأسلمية انها اختلعت من زوجها عبد الله بن خالد بن اسيد فأتيا عثمان بن عفان فى ذلك فقال : هى تطليقة الا ان تكون سمت شيئا فهو ما سمت - اه . و اخرجه الامام محمد فى الموطأ عن مالك ثم قال : و به نأخذ . الخلع تطليقة بائنة الا ان يكون سمى ثلاثا او نواها فيكون ثلاثا - انتهى . و هو قول عثمان و على و ابن مسعود و الحسن و ابن المسيب وعطاء و شريح و الشعبي و قبيصة بن ذؤيب و مجاهد و ابى سلمة و النخعى و الزهرى و الثورى و الأوزاعى و مكحول و ابن ابى نجيح و عروة و مالك و الشافعى فى الجديد - كذا فى التعليق . و فى موطأ مالك مع شرح الزرقانى : و قال عبد الله بن عمر : عدتها عدة المطلقة اذ الخلع طلاق بعوض ، مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار و ابن شهاب كانوا يقولون : عدة المختلعة مثل عدة المطلقة ثلاثة قروء ان لم تكن حاملا او آئسة ؛ قال مالك فى المفتدية : انها لا ترجع الى زوجها الا بنكاح جديد لأن طلاق الخلع بائن - انتهى . و روى ابن ابى شيبة فى مصنفه - كما فى المحلى : ثنا على بن هاشم عن ابن ابى ليلى عن طلحة بن مصرف عن ابراهيم النخعى عن علقمة عن ابن مسعود قال : لا تكون طلقة بائنة الا فى فدية او ايلاء ؛ و رويناه من طريق لايصح عن على ابن طالب - اه . و لم يذكر ابن حزم وجه عدم الصحة ، و ابن مسعود و على و ابن عمر و عثمان رضى الله عنهم من فقهاء الصحابة اهل الفتيا ، و قول ابن عباس رضى الله عنهما لا يرد قولهم و لا يزاحمهم ، و قول الراوى على خلاف روايته يعتبر حيث كان هو المتفرد بروايته ، لم ترد من طريق اخرى و ما نحن فيه و ردت مسانيد و مراسيل من طرق اخرى يشد بعضها بعضا على رغم ابن حزم ، فلا يلزم الحنفيين و لا المالكيين قول ابن عباس ، و لا يكون قولهم فى غاية فساد كما تفوه به ابن حزم فى المحلى على دأبه من غير فهم وتدبر . وسنعود لذلك ان شاء الله تعالى بعد ذلك ايضا .

اشترطت شرطا لا ينبغى أن يشترط و ليس من شروط النكاح[١]! أليس قد زعمتم أن من تزوج أمة باذن مولاها على أن ما ولدت من ولد فهو حرّ أن النكاح فاسد؟ قالوا: بلى[٢]. قيل لهم: فلم أفسدتم[٣] ذلك النكاح؟ لأنه اشترط شرطا ليس من شروط النكاح فينبغى لكم أن تفسدوا هذا النكاح أيضا! فاذا تزوج امرأة و شرط لها إن نكح عليها غيرها فهى طالق لأن هذا ليس من شروط النكاح أن يشترط عليها طلاقها إن نكح عليها فيمنعه أن يتزوج غيرها[٤]: فلو قال[٥] «ينبغى أن يفسد أحدهما دون صاحبه» لكان هذا أحرى من أن يفسد من رجل اشترط فى نكاح الأمة أن ما ولدت من ولد فهو حر لأن العتاق هو قربة يتقرب بها العبد إلى الله تعالى[٦]،

(١) هذا الزام آخر من الامام محمد على اهل المدينة بأنكم قد افسدتم نظير هذا النكاح فينبغى لكم ان تحكموا بفساد ذلك النكاح لأنه لا فرق بينهما باعتبار الشروط، و اذ ليس فليس.

(٢) اقرار بفساد النكاح. و راجع المدونة من شروط النكاح و كتاب الخلع.

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «افسدا»، و هو عندى خطأ، و الصواب «فلم ما أُفسد ذلك النكاح» بالافراد المجهول و الاستفهام. و فى العبارة خلل او سقط - كما لا يخفى.

(٤) تأمل فى العبارة. و المقصود ان من مقاصد النكاح الدوام عليه لا الفراق و الطلاق الا لحاجة شديدة لأن الطلاق ابغض المباحات عند الله تعالى، فاذا شرط عليها طلاقها فهو شرط مناقض لمقاصد النكاح و فاسد فى زعمكم لأنه ليس من شروط النكاح التى يجوز بها النكاح؛ و قوله «فيمنعه» اى هذا الشرط اياه من تزوج غيرها عليها، فقولوا بفساد هذا النكاح و الحال انكم لم تقولوا به! فافهم.

(٥) هكذا فى الأصول و لا يناسب، و لعله «فلو قالوا» بالجمع او: فمن قال بفساد احدهما دون الآخر احرى بالفساد منه.

(٦) و هو فعل حسن لا خلاف فى ذلك بين العلماء، ندب اليه القرآن و الحديث =

و منعها

و منعها الزوج النكاح بطلاق اشترطته[1] يقع بغير السنة و بغير ما أمر الله، من طلاق السنة ينبغى أن يكون أخش الشرطين[2] و أقربهما من التحريم! و لكن النكاح جائز فيهما جميعا لا يبطله الشرط[3] ـ و الله اعلم .

= قال الله تعالى « فلا اقتحم العقبة و ما ادراك ما العقبة فك رقبة او اطعام فى يوم ذى مسغبة يتيماً ذا مقربة او مسكينا ذامتربة » الآية ؛ و عن ابى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم : ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما استنقذه الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ـ متفق عليه و للترمذى ؛ و صححه عن ابى امامة : و ايما امرى مسلم اعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار ؛ و لأبى داود من حديث كعب بن مرة : و ايما امرأة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار ـ كذا فى بلوغ المرام . و راجع ج ٣ ص ٢٧٧ من نصب الراية فى تخريج احاديث الهداية . و فى ذلك احاديث كثيرة فى كنز العمال و الترغيب و الترهيب للنذرى وغيرهما.

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « اشترطه » بالتذكير ، اى اشترط الرجل الطلاق ، فالفاعل الرجل و المنصوب الضمير الراجع الى الطلاق فيكون معناه صحيحا ، و ما فى الأصل « اشترطته » بصيغة المؤنث فالضمير راجع الى الزوجة و المنصوب راجع الى الطلاق ، و الجملة صفة لقوله « بطلاق » . و السنة فى الطلاق اذا دعت اليه الحاجة ان يطلق بعد النكاح او بعد الاضافة الى ملك النكاح تطليقة واحدة فى طهر لا جماع فيه ، كما هو مشروح فى كتب الفقه .

(٢) اى هذا الشرط الذى خلاف امر الله تعالى و سنة رسوله صلى الله عليه و سلم . قلت : هكذا فى الهندية ، و فى الأصل « ان يكون الشرطين » سقط منه لفظ « أخش » ـ ف .

(٣) فان الشروط الفاسدة لا تبطله بل هى تبطل ، و صح النكاح وجاز ، بخلاف البيع فانه يفسد بشروط لا يقتضى عقد البيع .

باب الرجل يقول كل امرأة أتزوجها ما عاش فلان فهى طالق البتة

محمد قال: قال أبو حنيفه رضى الله عنه : إذا قال الرجل « كل امرأة أتزوجها ما عاش فلان - لرجل سماه - فهى طالق البته » فذلك كما قال، و إن[1] تزوج امرأة طلقت البتة كما حلف . و قال أهل المدينة : له ما عاش فلان، و ليس هذا عندنا بوقت[2] .

(١) كذا فى الأصول. و الأولى « فان » كما لا يخفى .

(٢) هكذا فى الأصول؛ و فى المدونة ج ٢ ص ١٢٣ : قلت : أرأيت لو ان رجلا قال « كل امرأة اتزوجها ما عاشت فلانة فهى طالق » ؟ قال: قال مالك : كل امرأة يتزوجها ما عاشت فلانة فهى طالق ، و هذه التى حلف عليها فى حياتها هى امرأته ؛ قال : قال مالك : ان كانت نيته انه انما اراد بها ما عاشت فلانة اى « ما كانت عندى فكل امرأة اتزوجها فهى طالق » انه يدين (فى) ذلك و تكون له نيته و ليس له ان يتزوج ما كانت تحته . فاذا فارقها كان له ان يتزوج ، و ان لم تكن له نية فلا يتزوج حتى تموت امرأته التى حلف ان لا يتزوج ما عاشت فلانة طلقها او كانت تحته ، و هذا من وجه ما فسرت لك انه ليس له ان يتزوج الا ان يخاف العنت ، فان خاف العنت تزوج - انتهى . و تذكر ما مضى من ان « كلما » تدخل على الأفعال و « كل » تدخل على الأسماء . فيفيد كل منهما عموم ما دخلت عليه ، فاذا وجد فعل واحد او اسم واحد فقد وجد المحلوف عليه فانحلت اليمين فى حقه ، و فى حق غيره من الأفعال و الأسماء باقية على حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه ، غير ان المحلوف عليه طلقات هذا الملك و هى متناهية ؛ فالحاصل ان « كلما » لعموم الأفعال و عموم الأسماء ضرورى فيحنث بكل فعل حتى تنتهى طلقات هذا الملك، و « كل » لعموم الأسماء و عموم الأفعال ضرورى . و المراد بقوله « و ليس هذا عندنا بوقت » يعنى له التزوج ما عاش فلان ==

و قال محمد : هذا ترك من أهل المدينة لقولهـم لأنهم يقولون : لو أن رجلا قال « كل امرأة أتزوجهـا إلى عشر سنين فهى طالق » إنه لا يتزوج حتى تمضى هـذه العشر السنون [١] ، و إن لم يوقت شيئا فله أن يتزوج ، لأن الوقت عندهم مخالف لغير الوقت . قيل لهم : فاذا قال « كل امرأة أتزوجها ما عاش فلان » أليس هذا وقتا [٢] و فلان لا محالة ميت ؟ قالوا : بلى ، و لكنا

= فان هذا ليس بوقت مقرر و لم يوقته فلا يحنث بالتزوج بهذا اليمين . و اذا وقت حنث ، فقوله « و له ما عاش فلان » معناه له التزوج ما عاش فلان ، فلا تطلق ان تزوج بها لأنه لم يوقت - تأمل . و الله اعلم بمراد عباده .

(١) فى الأصول « السنين » و الصحيح « السنون » بالرفـع . قال فى المدونة : قلت : أرأيت ان قال « كل امرأة اتزوجها الى اربعين سنة او ثلاثين سنة فهى طالق » ؟ قال : سألت مالكا عن غلام ابن عشرين سنة او نحو ذلك حلف فى سنة ستين و مائة ان كل امرأة ينكحها الى سنة مائتين فهى طالق ؟ قال مالك : ذلك عليه إن تزوج طلقت عليه ، قال ابن القاسم : و هذا قـد حلف على اقل من اربعين سنة ، و رأيي و الذى بلغنى عن مالك انه لا يتزوج الا ان يخاف على نفسه العنت ، و ذلك ان يكون لا يقدر على مال فيتسرر منه فيخاف على نفسه العنت فيتزوج ؛ قلت : أرأيت ان قال و هو شيخ كبير « ان تزوجت الى خمسين سنة فكل امرأة اتزوجها فهى طالق » و قد عـلم انه لا يعيش الى ذلك الأجـل ؟ قال : ما سمعت من مالك و لكن سمعت من اثق به يحكى عن مالك انه قال : اذا ضرب من الآجال اجلا يعلم انه لا يعيش الى ذلك الأجل فهو كمن عم النساء فقال « كل امرأة اتزوجها فهى طالق » و لم يضرب اجلا فلا يكون يمينه شيئا و لا يلزمه من يمينه طلاق بهذا القول ان تزوج ؛ و قال فى الذى يحلف و يقول « كل امرأة اتزوجها الى مائتى سنة » فيمينه باطل و له ان يتزوج متى شاء - انتهى .

(٢) يعنى هو ايضا وقت معين فانه حلف على زمن حياة فلان ما دام حيا لا يتزوج =

لا نراه وقتا فى النكاح ، و نرى أن يتزوج من أحب قبل أن يموت فلان . قيل لهم : و أنتم تجعلون ما شئتم و قتا و تبطلون الوقت إذا شئتم بغير أثر و لاسنة[١] ! أرأيتم ما قال[٢] قول الرجل « ما عاش فلان » : وقت بين واضح ؛ أى شيء تدخلون عليه[٣] ؟ قالوا : نجيز من هذا كل وقت معروف . قيل لهم : و قول الرجل « ما عاش فلان » أليس وقت معروف لأنا نعلم أن الموت كائن !! فهذا لا ينبغى لكم أن تبطلوا من الأوقات [وقتا][٤] .

باب المرأة تعطى زوجها خادما على أن لا ينكح غيرها[٥]

محمد قال : قال أبوحنيفة رضى الله عنه فى الرجل أعطته امرأته خادما على أن لا ينكح عليها : إن هذا فاسد ، و يرد عليها الخادم ، و إن هلكت الجارية فى يده فعليه قيمتها غنيا كان أو فقيرا . و إن ماتت[٦] قبل أن ينكح عليها لم ينتفع بذلك[٧]

= فهو وقت محدود معين فانه لا محاله يموت فيحنث بالتزوج فى حياته .

(١) انظر كيف الزم الامام محمد بأن قولكم هذا ليس بمستند بأثر او حديث فلا يعول عليه .

(٢) كذا فى الأصول و هو عندى مصحف . و الصواب « من قال » و صححه بعض الأفاضل بقوله « ان قال قائل » و هو ايضا صحيح .

(٣) اى تجيبون به عن اعتراضه .

(٤) ما بين المربعين لم يذكر فى الأصول ، و لا بد منه .

(٥) لعله « عليها » و فى الأصول « غيرها » و فى المسألة « عليها » و هو الأولى من لفظ « غيرها » .

(٦) اى الزوجة التى اعطته خادما و اشترطت ان لا ينكح عليها غيرها ببدله .

(٧) اى بذلك الخادم بوجه من الوجوه ، فان هذا الشرط فاسد لا يمنعه من التزوج فلا يملك الخادم حتى ينتفع به .

و رد على ورثتها الخادم أو قيمته[١]، إن كان[٢] الخادم قد هلك[٣] فى يده و يرث ورثتها ذلك و مما تركت المرأة من الميراث . و قال أهل المدينة : إن أعطته امرأته خادما على أن لا ينكح عليها فانا نكره هذا القول، و الشرط و لا نجيزه، فان فات[٤] ذلك و لم ينكح عليها حتى ماتت أو فارقها فما أعطته من ذلك فهو جائز له، فان فات[٥] ذلك بعتق الجارية أو ببيعها[٦] ثم نكح عليها كانت لها عليه قيمة خادمها التى[٧] أعطته غنيا كان أو فقيرا .

و قال محمد بن الحسن : قول أهل المدينة هذا ينقض بعضه بعضا، زعموا فى أول ذلك أنهم يكرهون[٨] هذا الشرط و لا يجيزونه ثم زعموا

(١) الضمير راجع الى الخادم و هو مذكر لفظا فلا حاجة الى تأنيث الضمير، و صحح بعضهم بقوله « قيمتها » بالتأنيث الراجع الى الخادم بمعنى الجارية و هو ايضا صحيح .

(٢) الضمير راجع الى «الخادم» المذكر لفظا، و صححه بعضهم بقوله «ان كانت» بالتأنيث .

(٣) الفاعل المستتر هو الراجع الى « الخادم » المذكر افظا، و صححه بعضهم بقوله « هلكت » بالتأنيث بمعنى الجارية .

(٤) كذا فى الأصول و هو الصحيح، يعنى فات ذلك و لم يقدر على النكاح، يوضحه ما بعده . و من قال : ان الصحيح « مات » من الموت فلم يصب - كما لا يخفى .

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية « فاتت » بصيغة المؤنث، و الصحيح « فات » مذكرا، و فاعله « ذلك » اشارة الى عدم التزوج . و صححه بعضهم بقوله « ماتت » من الموت فليس بصحيح .

(٦) فى الأصول « ببيع » بدون اضافته الى الضمير، و لا بد منه - كما لا يخفى .

(٧) كذا فى الأصول بالتأنيث صفة للخادم بمعنى الجارية، و الأولى « الذى »؛ و يناسبه ضمير « أعطته » بالتذكير، و بمناسبة « التى » لا بد ان يكون « اعطتها » كما لا يخفى .

(٨) اى لا يجيزونه، كما اوضحه بعده بقوله « و لا يجيزونه »؛ و ابقى الامام محمد ذلك =

أن ذلك إن فات قبل أن ينكح عليها حتى ماتت أو فارقها أن له ما أعطته جائزا مستقيما! فكيف كان أول الأمر غير جائز ثم جاز بعد ذلك؟! لئن كان أوله غير جائز ما يجوز آخره . و لئن كان فى أوله[1] جائزا ما ينبغى أن لا يجوز[2] آخره ، و ما آخره إلا تبع لأوله . فهذا ينقض بعضه بعضا ؛ و ليس الأمر كذلك ، و لكن هذا أمر فاسد كله أوله[3] و آخره ؛ و عليه أن يرد ما قبض على كل حال أو قيمته إن كان قد هلك عنده .

باب الذى ينكح الأمة و يشترط عليه أن ينفق عليها كل شهر شيئا معلوما

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الذى ينكح الأمة و يشترط عليه أن ينفق عليها كل شهر مائة دينار و لم يختلف فى ذلك هى و زوجها قبل أن يدخل بها أو بعد ما دخل بها : إن النكاح جائز[4] ، و لها نفقة مثلها

= لقول اهل المدينة : انا نكره هذا القول و الشرط و لا نجيزه - كما سبق .

(١) هكذا فى الأصول « فى اوله » و الواجب حذف « فى » ، و العبارة « لئن كان اوله جائزا » تأمل فيها بالسياق و السباق .

(٢) فى الأصول « و لا يجيزه » و هو غير صحيح ، و الصواب عندى « لا يجوز آخره » و لذا كتبته و تركت ما فى الأصول - فعليك بالتأمل فيها .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « كما اوله » و هو مصحف ، و الصحيح « كله اوله » بلفظ « الكل » .

(٤) فان هذا الشرط يلائم عقد النكاح و لا يخالفه ، فان نفقة الزوجة من لوازم النكاح و الاحتباس و هى واجبة على الزوج .

بالمعروف[1]، فان كانت حطت عنه من مهر مثلها لما اشترطت من فضل النفقه إنه لها[2]. و قال أهل المدينة: إذا اختلفت هى و زوجها فى ذلك قبل أن يدخل بها فان النكاح لا يصلح[3]، و يقال لها إن كان لم يدخل بها

(١) باعتبار العرف و الرواج حسب حالها من الوسعة و الشرف من غير تقتير و لا تبذير و اسراف .

(٢) اى ان الحط من مهر مثلها عن الزوج يجوز لها فانها مالكة للهر فلها اختيار بالتصرف فيه كيف شاءت، و لها اشتراط عليه بفضل النفقة بعوض الحط .

(٣) راجع باب شروط النكاح و ابواب الصداق و النفقة من المدونة الكبرى . و قال ابن حزم فى المحلى : و اما مالك فانه فرق ههنا فروقا لا تفهم ، فمنها نكاحات هى عنده فاسدة تفسخ قبل الدخول و تصح بعد الدخول ، و منها ما يفسخه قبل الدخول و بعد الدخول ايضا ما كان من قرب فاذا طال بقاؤه معها لم يفسخه ، و منها ما يفسخه قبل الدخول و بعد الدخول و ان طال بقاؤه معها ما لم تلد له اولادا فان ولدت له اولادا لم يفسخه . و منها ما يفسخه قبل الدخول و بعده و ان طال بقاؤه معها و ولدت له الأولاد ؛ و هذه عجائب لا يدرى احد من اين قالها ! و لا نعلم احدا قالها قبله و لا معه الا من قلده من المنتمين إليه . و لا يخلو كل نكاح فى العالم من ان يكون صحيحا او غير صحيح ، و لا سبيل الى قسم ثالث ، فالصحيح صحيح ابدا ، الا ان يوجب فسخه قرآن او سنة فيفسخ بعد صحته متى وقعت الحال التى جاء النص بفسخه معها ، و اما الذى ليس صحيحا فلا يصح ابدا لأن الفرج الحرام لا يحله الدخول به و طوء و لا طول البقاء على استحلاله بالباطل و لا ولادة الأولاد منه ، بل هو حرام ابدا ؛ فان قالوا : ليس بحرام ؛ قلنا : فلم فسختم العقد عليه قبل الدخول اذاً و هو صحيح غير حرام ؟! و هذه امور لا ندرى كيف ينشرح قلب من نصح نفسه لاعتقادها او كيف ينطلق لسانه بنصرها ؟! نسأل الله العافية ؛ و اما كل عقد صح ثم لما صح تعاقدا شروطا =

« شرطك هذا لم يصلح فان أحببت أن تقدمى على أن لك من النفقة السداد و العدل فى الأمر بالمعروف بين المسلمين » فان فعلت كان ذلك لها ، و إن كرهت فسخ نكاحها و كانت فرقتها[1] تطليقة ، فان فات[2] ذلك حتى يدخل بها بطل شرطها و أعطيت نفقة مثلها ، و لم يكن لها خيار فى نفسها فى المقام عنده و الفراق .

و قال محمد رضى الله عنه : و كيف جاز لها أن تفارقه إن لم يتم لها على شرطها قبل أن يدخل بها و لم يجز لها ذلك إن دخل بها و هى لم ترض بنقض شرطها قبل الدخول بها ؟ فان قالوا : لأن الشرط يبطل النكاح قبل الدخول . قيل لهم : فكيف أبطل الشرط[3] النكاحَ قبل الدخول بها و لم يبطله[4] بعد ذلك و هى لم ترض بأن يدخل بها إلا على شرطها و لم تخير[5] خيارا يبطل شرطها ؟! لئن[6] كان الشرط يبطل النكاح قبل الدخول إنه ليبطله بعد الدخول ، إلا أن يدخل بها بغير رضى منها بترك

= فاسدة فان العقد صحيح لازم و اذ هو صحيح لازم فلا يجوز ان يبطل بغير قرآن او سنة ، و محرم الحلال كمحلل الحرام و لا فرق . لكن تبطل تلك الشروط الفاسدة ابدا و يفسخ حكم من حكم بامضائه ، و الحق حق و الباطل باطل - انتهى .

(١) فى الأصل الهندى « فرقتهما » بضمير التثنية ، و هو مصحف - كما لا يخفى .

(٢) كذا فى الهندية ، و من قوله « كان ذلك لها » الى قوله « فان فات » ساقط من الأصل .

(٣) فى الأصول « الشروط » بالجمع و هو لا يناسب المقام .

(٤) فى الأصول « لم تبطله » بتاء التأنيث الراجع ضميره الى الشروط وقد عرفت انه لا يناسب .

(٥) كذا فى الأصل . و فى الهندية « لم تخبر » بالباء الموحدة مصحف ، و هو بالياء التحتانية من التخيير - كما لا يخفى .

(٦) فى الأصول « لان » و الصواب « لئن » كما سبق فى مواضع من الكتاب .

شرطها

شرطها ؛ أرأيتم لو خدعها فأعطاها مائة دينار لكل شهر حتى دخل بها ثم أبي أن يعطيها ذلك بعد الدخول فكيف يبطل شرطها و لم يعطها ذلك حتى دخل بها ؟ وكيف زعمتم أن الشروط تبطل النكاح ؟! و قد جاءت الآثار عن عمر رضى الله عنه و غيره[1] أنه أجاز النكاح و أبطل الشروط .

---

(١) فى المدونة : الليث بن سعد و عمر بن الحارث عن كثير بن فرقد عن سعيد بن عبيد الله بن السباق : ان رجلا تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب فشرط لها ان لا يخرجها من ارضها ، فوضع عنه عمر الشرط و قال : المرأة مع زوجها ؛ رجال من اهل العلم : و ليس هذا من الشرط التى يفسد بها النكاح ؛ عن ابن المسيب و عمر بن عبد العزيز و ابن شهاب و ابن ربيعة و ابى الزناد و عطاء بن ابى رباح و يحيي بن سعيد مثله ؛ ابن وهب عن ابن ابى الزناد عن ابيه قال : قد نزل ذلك فى زمان عبد الملك ابن مروان مع شروط سوى ذلك فقضى بذلك فرأى الفقهاء يومئذ ان قد أصاب القضاء فى ذلك ما لم يكن فيه طلاق - انتهى . و فى الموطأ مع الزرقانى : مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب سئل عن المرأة تشترط على زوجها انه لا يخرجها من بلدها ؟ قال سعيد بن المسيب : يخرج بها ان شاء و ان كان الأفضل الوفاء بالشرط ؛ قال ابن عبد البر : جاء هذا البلاغ متصلا رواه ابو بكر بن ابى شيبة عن ابن المبارك عن الحارث ابن عبد الرحمن عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب به ، و جاء عن جماعة من السلف اعلاهم على بن ابى طالب اخرجه ابن ابى شيبة و عبد الرزاق عن عباد بن عبد الله قال : رفع الى على رجل تزوج امرأة و شرط لها دارها فقال على : و شرط الله قبل شرطها - او : قبل شرطه ؛ و لم ير لها شيئا ، اى شرط ان لا يخرجها من دارها ؛ و شرط الله « أسكنوهن من حيث سكنتم » ؛ و جاء عن جماعه اعلاهم عمر بن الخطاب قال : لها شرطها . و المسلمون عند شروطهم ؛ و يؤيده حديث : احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج - اه بخ ؛ لكنه هنا محمول عند مالك و موافقيه على الندب =

باب الرجل يتزوج المرأة و يشترط عليها أن لا نفقة لها

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجل ينكح المرأة و يشترط عليها أن لا نفقة لها عليه: إن هذا النكاح جائز، و الشرط باطل دخل[1] بها[2] أو لم يدخل بها، و لها نفقة مثلها بالمعروف[3]. و قال أهل المدينة: هذا نكاح لا يصلح، فان لم يدخل[4] بها فسخ نكاحها، إلا أن يرضى الزوج بالنفقة، وكانت فرقتها إن افترقا تطليقة. و إن كان قد دخل بها لزمته

= جمعا بين الأدلة - انتهى. و اثر عمر و على رضى الله عنهما رواه ابن حزم فى المحلى من طريق سعيد بن منصور: نا ابن وهب اخبرنى عمرو بن الحارث عن كثير بن عبيد ابن السباق: ان رجلا تزوج على عهد عمر بن الخطاب فشرط لها ان لا يخرجها فوضع عمر عنه الشرط و قال: المرأة مع زوجها؛ و به الى سفيان عن ابن ابى ليلى عن المنهال ابن عمرو عن عباد عن على بن ابى طالب فى الرجل يتزوج المرأة يشترط لها دارها، فقال: شرط الله قبل شرطها؛ و من طريق سعيد بن منصور: نا هشيم انا مغيرة و يونس قال مغيرة عن ابراهيم و قال يونس عن الحسن قالا جميعا: يجوز النكاح و يبطل الشرط - انتهى. و به قال ابو حنيفة، و لا تلتفت الى ما تفوه من سوء فهمه و تلبيساته. و روى عبد الرزاق عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين: ان الأشعث تزوج امرأة على حكمها ثم طلقها قبل ان يتفقا على صداق فجعل لها عمر صداق امرأة من نسائها - اه. و لا انقطاع عن عمر كما زعم ابن حزم. فان ابن سيرين روى هذه القصة عن الأشعث و لا استحالة فيه - فافهم.

(١) فى الأصول «ان دخل» بحرف الشرط. و هو لا يناسب فلذا اسقطته.

(٢) سقط لفظ «بها» من الأصول، و لا بد منه.

(٣) على حسب الوسعة و المكنة و الحال و العرف.

(٤) كذا فى الأصل، و فى الهندية «فان لم يكن دخل».

النفقة و طرح الشرط[١] .

محمد قال : أخبرنا سفيان الثورى[٢] عن منصور بن المعتمر[٣] عن إبراهيم[٤] أنه قال : كل شرط فى النكاح فان النكاح يهدمه ، إلا الطلاق[٥] .

محمد قال : أخبرنا يعقوب[٦] قال أخبرنا المغيرة الضبى[٧] عن إبراهيم

(١) هكذا فى الأصول من العبارة ، وعندى ههنا سقوط فان الامام محمدا لم يعترض على اهل المدينة و لم يرد قولهم على دأبه فى الأبواب الماضية و سرد الآثار - كما ترى ، و هو خلاف دأبه فانه يلزمهم اولا بنظائر ثم يخرج الآثار استدلالا على خلافهم ، كما عرفت فى الأبواب الماضية - تأمل .

(٢) قد مرت ترجمته من قبل ، وهو امام فقيه حجة امير المؤمنين فى الحديث مع التدليس .

(٣) مضى فيما قبل ، هو السلمى ابو عتاب الكوفى ، أحد اعلام المشاهير ، من رجال الستة ، روى عن ابراهيم و ابى وائل وذر بن عبد الله وغيرهم ، و عنه ايوب وشعبة و الثورى و زائدة و خلق ، ثقة ثبت متقن ، صام اربعين سنة و قام لياليها ، توفى سنة اثنتين و ثلاثين و مائة - كذا فى التهذيب .

(٤) قد مر ذكره فى ابواب كثيرة .

(٥) اى شرط الطلاق لا يهدمه النكاح ، بل الطلاق يقع ان شرط ؛ و هو قائل بذلك قبل ابى حنيفة رضى الله عنه فلا تلتفت الى ما قال من انه لم يقل به احد قبل ابى حنيفة ؛ و الأثر اخرجه ابن حزم فى المحلى و لم يذكر الاستثناء ولا قول ابراهيم - تأمل .

(٦) هو الامام ابو يوسف ، قاضى القضاة ، يعقوب بن ابراهيم الانصارى ، صاحب ابى حنيفة ، ثقة ، صاحب سنة وحديث ، شيخ احمد بن حنبل و غيره ، و قد مر من قبل ؛ و راجع فى احواله و سيرته « حسن التقاضى » للبحاثة الكوثرى فانه - رحمه الله تعالى - شفى و اشفى .

(٧) هو مغيرة بن مقسم الضبي ؛ قد مضى من قبل مرارا .

عن أبي ذباب [١] عن مسلم بن يسار [٢] عن سعيد بن المسيب [٣] في رجل تزوج امرأة و شرط لها دارها قال: له أن يخرجها - و الله أعلم .

---

(١) هكذا في الأصول، و لعله «و عن ابي ذباب» و الصواب «ابن ابي ذباب» وهو الحارث بن عبد الرحمن - كما في شرح الموطأ للزرقاني ج ٣ ص ١٢ . رواه ابو بكر ابن ابي شيبة عن ابن المبارك عن الحارث بن عبد الرحمن عن مسلم بن يسار عن سعيد ابن المسيب به - اه، قاله ابن عبد البر، وقد تقدم؛ فالامام ابو يوسف يرويه عن الحارث ابن عبد الرحمن و هو ابن ابي ذباب كما في التهذيب، فسقط من قلم الناسخ الواو العاطفة و لفظ «ابن» قبل ابي ذباب؛ و هو عطف على المغيرة الضبي . و هو اثران : اثر ابراهيم، و اثر ابن المسيب؛ و ابراهيم لم يرو قط عن الحارث بن عبد الرحمن لأنه مقدم و الحارث متأخر عنه عصرا و زمانا ، فوقع الخبط في السند من الكاتب - هذا . و ابن ابي ذباب هو الحارث بن عبد الرحمن بن عبد الله بن سعد ، و قيل: المغيرة بن ابي ذباب الدوسي المدني، روى عن ابيه و عن عمه - يقال اسمه الحارث ايضا - و سعيد بن المسيب و يزيد بن هرمز و مجاهد و بسر بن سعيد و الأعرج و جماعة، وعنه ابن جريج و اسمعيل بن امية و ابو ضمرة و ابو خالد الأحمر و صفوان بن عيسى و غيرهم؛ قال ابن معين: مشهور؛ و قال ابو حاتم : يروى عنه الدراوردي احاديث منكرة ، ليس بالقوي؛ و قال ابو زرعة : ليس به بأس . قلت : و ذكره ابن حبان في الثقات و قال: كان من المتقنين؛ مات سنة ١٤٦ وكذا قال ابن قانع في تاريخ وفاته. و قال الساجي: حدث عنه اهل المدينة و لم يحدث عنه مالك؛ و قال علي بن المديني : ارى مالكا سمعه من الحارث و لم يسمه و ما رأيت في كتب مالك عنه شيئا ؛ قلت : و هذه عادة مالك فيمن لا يعتمد عليه لا يسميه؛ و هو من رجال مسلم و الترمذي و النسائي و ابن ماجه و غيرهم - كما في التهذيب، هذا عندي في المقام الآن . لعل الله يحدث بعد ذلك امرا .

(٢) مسلم بن يسار اربعة في التهذيب ، احدهم : مسلم بن يسار البصري الأموي المكي .=

باب الرجل يتزوج المرأة و بها عيب

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الولى القريب أو السلطان يزوج المرأة فيوجد بها عيب[١] : إن النكاح جائز ، و لا ترد المرأة من عيب إن مسها زوجها[٢] . و قال أهل المدينة : إن زوجها الولى أو السلطان فيوجد

= ابو عبد الله ، الفقيه ، مولى بنى امية ، تابعى ثقة ، مفتى اهل البصرة قبل الحسن ، لعله هو هنا عن ابن المسيب ؛ و ثانيهم : مسلم بن يسار المصرى ، ابو عثمان ، تابعى محدث ، ذكره ابن حبان فى الثقات ، قال الدارقطنى : يعتبر به ؛ و ثالثهم : مسلم بن يسار الجهنى ، تابعى عن عمر قوله فى تفسير « و اذ اخذ ربك » و قيل عن نعيم بن ربيعة عن عمر . قال العجلى : بصرى تابعى ثقة ؛ و رابعهم : مسلم بن ابى مريم اسمه يسار ، السلولى المدنى ، تابعى ثقة ، شديد على القدرية . فعليك بالتعيين فى هذا المقام . و عندى هو الأول او الرابع .　　(٣) هو من سادات التابعين ، لا يسئل عن مثله . هو ابن حزن ابو محمد المخزومى المدنى الأعور ، رأس علماء التابعين و فردهم و فاضلهم و فقيههم ؛ روى عن عمر مرسلا و ابى و ابى ذر و ابى بكرة و على و عثمان و سعد و طائفة ، و هو اثبت التابعين فى ابى هريرة . و عنه الزهرى و عمرو بن دينار وقتادة و يحيى بن سعيد الأنصارى و خلق ؛ قال احمد : مرسلات سعيد صحاح ؛ و قال ابن عمر : هو و الله احد المقتدين به ؛ و قال قتادة : ما رأيت اعلم بالحلال و الحرام منه ؛ مات سنة ثلاث - و قيل : اربع - و تسعين ؛ روى له الستة - كذا فى الخلاصة . و ترجمته مبسوطة فى التهذيب ؛ و اثبت الحافظ سماعه من عمر باسناد صحيح فراجعه .

(١) كذا فى الأصول وهو عندى صحيح ، ، صححه بعضهم بقوله « فيجد بها عيبا » تأمل .

(٢) فى رد المحتار : ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب فى الآخر عند ابى حنيفة و ابى يوسف ، و هو قول عطاء و النخعى و عمر بن عبد العزيز و ابى زياد و ابى قلابة و ابن ابى ليلى و الأوزاعى و الثورى و الخطابى و داود الظاهرى =

بها عيب ترد منه و قد مسها زوجها فانه يفرق بينهما إذا أراد ذلك الزوج ، و يعطى من الصداق ما[1] استحل به المرأة[2] ربع[3] دينار أو شبه ذلك ، إلا أن يكون الولى الذى زوجها والد[4] أو أخ[5] من[6] الذين يبطنون من المرأة

= و اتباعه ؛ و فى المبسوط انه مذهب على و ابن مسعود رضى الله عنهما - فتح ، اه • و قد تكفل فى الفتح برد ما استدل به الأئمة الثلاثة و محمد بما لا مزيد عليه • و الآثار ستأتى فى الباب •

(١) كذا فى الأصول . و الأولى « بما » بالباء الجارة على الموصول •

(٢) كذا فى الأصول ، و صححه بعضهم بقوله « لما استحل به من المرأة » و عندى الباء مكان اللام اولى ، و لا حاجة الى ازدياد « من » الجارة على « المرأة » - تأمل •

(٣) كذا فى الأصول ، و عندى سقط حرف « من » قبل لفظ « الربع » اى « من ربع دينار - الخ » • فى موطأ مالك مع الزرقانى : مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر بن الخطاب : ايما رجل تزوج امرأة و بها جنون او برص (زاد ابن عيينة عن يحيى بن سعيد بسنده : او قرن) فمسها (غير عالم) فلها صداقها كاملا و ذلك لزوجها غرم (بضم فسكون مصدر غرم اذا ادى) على وليها : قال مالك : و انما يكون ذلك غرما على وليها لزوجها اذا كان وليها الذى انكحها هو ابوها او اخوها او من يرى أنه يعلم ذلك منها (من الأولياء) ، فأما اذا كان وليها الذى انكحها ابن عم او مولى او من العشيرة ممن يرى انه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم ، و ترد تلك المرأة ما اخذته من صداقها او يترك لها قدر ما تستحل به (ربع دينار لحق الله تعالى لئلا يخلو البضع عن صداق) - انتهى •

(٤) كذا فى الأصول بالرفع ، و الصحيح ان يكون « والدا » بالنصب لأنه خبر « يكون » •

(٥) وهو ايضا مرفوع فى الأصول و لا بد من النصب ، اى « اخا » لكونه معطوفا على لفظ « والدا » •

(٦) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « عن » و عندى الصحيح « من » •

مما لا يبطن به غيرهم من الأولياء فان هؤلاء إذا زوجوا كان للمرأة صداقا كاملا[١] الذى أصدقها على زوجها و كان لزوجها ذلك غرما على وليها الذى زوجها ؛ و مما ترد به المرأة من العيوب : الجذام[٢] و البرص و العفل و الجنون .

(١) كذا فى الأصول منصوبا . و عندى هو مرفوع لكونه اسم « كان » مؤخرا عن خبرها ، اى « كان للمرأة صداق كامل » . و فى المدونة فى عيوب النساء و الرجال : قلت : أرأيت لو ان رجلا زوج ابنته و بها داء قد علمه الأب مما يرد منه الحرائر فدخل بها زوجها فرجع الزوج على الأب أيكون للأب ان يرجع على الابنة بشىء مما رجع به الزوج عليه اذا ردها الزوج و قد مسها ؟ قال : لم اسمع من مالك ذلك و لا ارى ذلك له . قلت : أرأيت ان تزوج رجل امرأة فأصابها معيبة من اى العيب يردها فى قول مالك ؟ قال : قال مالك : يردها من الجنون و الجذام و البرص و العيب الذى فى الفرج ، قلت : أرأيت ان تزوجها وهو لا يعرفها فاذا هى عمياء او عوراء او قطعاء او شلاء او مقعدة او ولدت من الزنا ؟ قال : قال مالك : لا ترد . و لا ترد من عيوب النساء فى النكاح الا من الذى اخبرتك به ؛ قلت : أرأيت ان كان العيب الذى بفرجها انما هو قرن او حرق نار او عيب خفيف يقدر معه على الجماع او عفل يقدر معه على الجماع أيكون هذا من عيوب الفرج الذى يرد منه فى النكاح فى قول مالك ام انما ذلك العيب عند مالك اذا كانت قد خلطت او نحو ذلك العيوب من عيوب الفرج الذى لا يستطيع الزوج معه الجماع مثل العفل الكثير و نحوه من العيوب التى تكون فى الفرج ؟ قال : قال مالك : قال عمر بن الخطاب : ترد المرأة فى النكاح من الجنون و الجذام و البرص ؛ قال : قال مالك : و انما ارى ان داء الفرج بمنزلة ذلك فما كان مما هو عند اهل المعرفة من داء الفرج ردت به فى رأيى ، و قد يكون من داء الفرج ما يجامع معه الرجل و لكنها ترد منه ، و كذلك عيوب الفرج - انتهى .

(٢) هو داء يتشقق به الجلد و ينتن و يقطع اللحم - قهستانى عن الطلبة ؛ قاله =

و قال محمد: و كيف ترد المرأة من بعض العيوب دون بعض؟ لئن كانت ترد من عيب واحد إنه لينبغي أن ترد من العيوب كلها كما ترد الأمة! و إن[1] قلتم: لا ترد من ذلك كله؛ فكيف ترد من البرص و لا ترد من العور[2]؟

= العلامة السيد ابن عابدين فى رد المحتار. و فى المغرب: و الجذام و هو ما يبدو فى الأعضاء من القروح - اه و البرص هو بياض فى ظاهر الجلد يتشاءم به - قهستانى؛ رد المحتار؛ و مثله فى المغرب. و العفل بالعين المهملة و الفاء بعدها اللام. فى المغرب عن الشيبانى: شىء مدور يخرج بالفرج، و لا يكون فى الأبكار، و انما يصيب المرأة بعد ما تلد؛ و عن الليث: عفلت المرأة عفلا فهى عفلاء و كذلك الناقة، و الاسم العفلة. وهى شىء يخرج فى فرجها شبه الادرة - انتهى. و من صحها بالقاف فقد اخطأ. و الجنون زوال العقل او فساده - قاله فى المغرب، و قال فى التلويح - كما فى رد المحتار: الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة و القبيحة المدركة العواقب بأن لا تظهر آثارها و تتعطل افعالها إما لنقصان جبل عليه دماغه فى اصل الخلقة و إما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط او آفة و إما لاستيلاء الشيطان عليه و إلقاء الخيالات الفاسدة اليه بحيث يفرح و يفزع من غير ما يصلح سببا - اه؛ و الجنون اقسام ومنه «العته» و هو ايضا اختلال العقل؛ و احسن الأقوال فى الفرق بينهما ان المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب و لا يشتم، بخلاف المجنون - قاله فى البحر.

(١) كذا فى الأصول بالواو، و الأولى «فان» بالفاء - كما لا يخفى.

(٢) فى المغرب: العور بالفتح و التخفيف العيب، و الضم لغة، و قوله فى الشروط: ما وراء الداء عيب كالاصبع الزائد و كذا وكذا، و اما العوار فلا يكون فى بنى آدم و انما يكون فى اصناف الثياب وهو الخرق و الحرق و العفن؛ قلت: لم اجد فى هذا النفى نصا غير ان ابا سعيد قال: العوار العيب، يقال: بالثوب عوار؛ و عن ابى حاتم =

و التشلل

و التشلل [١] ؟ من أين افترق هـــذان [٢] و ما فرق بينهما ؟! و قولكم أيضا إن زوجها والد أو أخ ضمن المهر وكان الصداق كاملا لها ؛ لم قلتم ذلك ؟ قالوا : لأنهم يبطنون من أمرها [٣] ما لا يبطن به غيرهم فقد غروا . قيل لهم :

= مثله . و فى الصحاح ؛ « سلعة ذات عوار » و عن الليث : « له العوار » حرق او شق يكون فى الثوب ، و عور الركية دفنها حتى انقطع ماؤها ، مأخوذ من تعوير العين المبصرة ، ومنه قول محمد رحمه الله تعالى « عوروا الماء » اى افسدوا مجاريه و عيونه حتى نضب - اه . و المراد فى الكتاب ما فى القاموس : العور ذهاب حس احدى العينين ، عور كفرح ، وعار يعار ، و اعور واعوار فهو اعور ، و الجمع عور وعيران وعوران ، وعاره و اعوره وعوره صيره اعور ، و العائر كل ما اعل العين و الرمد و القذى كالعوار و شرفى الجفن الأسفل ، و العوراء الحولاء ، و العورا مثلثة العيب و الخرق و الشق فى الثوب - انتهى مختصرا . و لقائل ان يقول : ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه عد من العيوب الجذام و البرص و الجنون و لم يذكر غيرها و لذا اقتصروا على ذلك ! و الجواب عنه سهل بأنه ذكرها تمثيلا و لم ير حصرها فيها - تدبر .

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « الشل » و هو الصحيح عندى ؛ فى القاموس : الشلل محركة ان يصيب الثوب سواد و لا يذهب بغسله ، و الطرد كالشل ، شله فانشل ، و اليبس فى اليد او ذهابها - اه . و هو المراد فى الكتاب ، لم لا يرد من هذه العيوب و العور و الشل عيب فيها .

(٢) فى الأصول « هذين » و الصحيح « هذان » فاعل « افترق » - كما لا يخفى .

(٣) فى المدونة : قلت : أرأيت الرجل يتزوج المرأة و يشترط انها صحيحة فيجدهـا عمياء أيكون له ان يزوجهـا بشرطه الذى شرطـه او شلاء او مقعدة ؟ قال : نعم ان كان اشترط ذلك على من انكحها ، فله ان يرد ، و لا شيء لهـا عليه من صداقها اذا لم يبن بها ، و ان بنى بها فلها مهر مثلها بالمسيس ، و يتبع هو الولى الذى انكحها =

أفيعلم الأخ بأمر أخته إن كان بها برص فى موضع لا يحل له أن يراها[١] منها؟ أو كان بها عفل[٢] أينبغى لأخيها أن يعرف ذلك منها و هو لا يحل له أن ينظر إليه؟ وكيف[٣] يبطن بما فى هذا! أرأيتم لو كان أخوها وُلد بعد ما صارت امرأة و حرم عليها التكشف بين يديه أينبغى أن يؤخذ أخوها بذلك؟! و هذا مما قد سترته المرأة من النساء من أهلها استحياء منهم[٤] فكيف يؤخذ بعلم ذلك أخوها؟ وكيف يؤخذ أبوها بذلك و قد يحدث البرص

= اذا كان قد اشترط ذلك عليه انه ليست هى عمياء و لا قطعاء و لا ما اشبه ذلك فزوجه على ذلك الشرط ، لأن مالكا سئل عن رجل تزوج امرأة فاذا هى بغية قال مالك : ان كانوا زوجوه على نسب فله ان يرد ، و ان كانوا لم يزوجوه على نسب فالنكاح لازم له ؛ و رواه ابن وهب ايضا عن مالك ، قال مالك : و من تزوج سوداء او عمياء او عوراء لم يردها ، و لا يرد من النساء فى النكاح الا من العيوب الأربع : الجنون و الجذام و البرص و العيب الذى فى الفرج ، و انما كان على الزوج ان يستخبر لنفسه فان اطمئن الى رجل و كذبه فليس على الذى كذبه شيء الا ان يكون ضمن ذلك له ان كانت الجارية على خلاف ما انكحه عليه ، و اراه حينئذ مثل النسب الذى زوجه عليه ، و اراه ضامنا ان كانت على خلاف ما ضمن اذا فارقها الزوج فلم يرضها - اه .

(١) كذا فى الأصول « يراها » بضمير التأنيث ، و عندى الصحيح « يراه » بالتذكير الراجع الى لفظ « موضع » تأمل .

(٢) بالعين المهملة و الفاء ، لا بالقاف كما فهم بعضهم ، و مضى شرحه .

(٣) كذا فى الأصول ، و الأولى « فكيف » بالفاء .

(٤) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « منه » لعله راجع الى « هذا » او الى « ما » فى « مما » ؛ و ضمير « منهم راجع الى الأهل ؛ و يمكن ان يكون « منها » او « منهن » راجعة الى « النساء » فى قوله : سترته من النساء - تأمل .

بعد الكبر و العقل[١]؟ و[٢] لعل ذلك يكون بعد ما كبرت! أرأيتم لو حلف الوالد و الأخ[٣] بالطلاق و العتاق أنهما لم يعلما[٤] بذلك أكنتم توقعون عليهما[٥] الطلاق و العتاق لأنهما قد علما[٦] بذلك أم لا توقعون ذلك؟ فان أوقعتم ذلك عليهما فقد أوقعتموه بغير علم، و إن لم توقعوه عليهما لأنهما عندكم لم يعلما فكيف ضمنا الصداق بغير علم منهما؟ و كيف افترق الأخ و العم فى هذا و كلاهما ذو رحم[٧] محرم و لا يحل لأحد منهما أن ينظر إلى شيء منها إلا حل للآخر مثله[٨].

أخبرنا محمد[٩] قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم[١٠] فى الرجل

---

(١) هو بالقاف لا بالفاء، بمعنى «خرد» بالفارسية.

(٢) كذا فى الأصول، وهو صحيح عندى. وقيل «أو» مكان الواو، و الراجح بالواو.

(٣) لعل الصواب «او الأخ» بالترديد مكان الواو.

(٤) تأمل فى العبارة و فى ضمير التثنية فانه راجع الى «الوالد و الأخ» و لم اتحصل مغزاها.

(٥) كذا فى الأصول، و لى قلق فى الضمير.

(٦) كذا فى الأصول لى قلق فيها و لم اتحصل معنى العبارة.

(٧) فى الأصول «ذوى رحم» و الصواب ما اثبته. قلت: و لعله كان «من ذوى رحم» فسقط حرف «من» من الأصول، و الله اعلم - ف.

(٨) يقول: الأخ و العم كلاهما ذو رحم محرم فى الحل و الحرمة سواء. فالفرق بينهما تحكم ليس له برهان و حجة. فالحق ما قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى.

(٩) هكذا وقع فى الأصل، و الراوى عن الامام محمد: عيسى بن ابان او غيره، و لم اقف عليه. قلت: بل هو راوى الكتاب - ف.

(١٠) رجال هذا السند مضوا فى ابواب كثيرة من الكتاب. و الأثر ذكره فى ج ٢ ص ١١٦ من جامع المسانيد و عزاه الى كتاب الآثار للامام محمد، و زاد بعد قوله =

يتزوج المرأة فيجدها مجذومة أو برصاء قال : هى امرأته[١] إن شاء طلق و إن شاء أمسك .

محمد قال: أخبرنا أبو حنيفه عن حماد عن إبراهيم فى الرجل يتزوج و هو صحيح أو يتزوج و به بلاء[٢] و لم يخير[٣] امرأته و لا أهلها : إنها امرأته

= هى امرأته ان شاء طلق و ان شاء امسك: اخرجه الامام محمد بن الحسن فى الآثار فرواه عن ابى حنيفة ، ثم قال محمد : و به نأخذ لأن الطلاق بيد الزوج - اه .

(١) اى لا يخير امرأته و لا ترد و لا تنزع عنه ، و هو قول عطاء و ابى الزناد و ابى حنيفة و ابى يوسف و ابن ابى ليلى و الثورى و ابى سليمان و اصحاب الظواهر - كما ذكره ابن حزم فى المحلى .

(٢) كذا فى الأصول و هو موافق لما فى كتاب الآثار، فان الامام محمد اخرجه فيه بهذا اللفظ ، و صحح بعضهم بقوله « داء » مكان « بلاء » و لا حاجة إليه . و الأثر اخرجه ابن حزم ايضا من طريق وكيع عن سفيان عن حماد ، و من طريق سعيد بن منصور عن هشيم عن المغيرة عن ابراهيم به مع زيادة شىء .

(٣) فى الأصول « لم يجبر » بالباء الموحدة و هو مصحف « و لم تخير » من التخيير اى ليس لها و لأهلها خيار ؛ و فى كتاب الآثار « لم تخير امرأته و لا اهلها » فسقط من قلم الناسخ حرف « لا » من الكتابة فزدناه . وقوله « انها امرأته - الخ » جملة مستقلة مستأنفة . و فى الآثار بعد قوله امرأة ابدا « لا يجبر على طلاقها » ، قال : و ان تزوجها - الخ » ثم قال محمد : و هو قول ابى حنيفة ، و أما فى قولنا فان كانت المرأة بها العيب فالقول ما قال ابو حنيفة ، و ان كان الرجل به العيب و كان عيبا يحتمل فالقول عندنا ما قاله ابو حنيفة رضى الله عنه ، و ان كان عيبا لا يحتمل فهو بمنزلة المجبوب و العنين تخير امرأته فان شاءت اقامت معه و ان شاءت فارقته - انتهى .

لا يجبر

لا يجبر على طلاقها ؛ قال : و إن تزوجها و هى هكذا[١] فهى بتلك المنزلة .

محمد قال : أخبرنا محمد بن أبان بن صالح القرشى[٢] عن حماد قال : قلت لابراهيم : الرجـل يتزوج المرأة فيجد بها البرص أو الجذام أو الجنون[٣] ؟ قال : رجل ابتلى[٤] ؟ قال : هى امرأته ، كما لو ابتليت به لم يمكن لها أن تخلص منه .

محمد قال : أخبرنا قيس بن الربيع الأسدى[٥] عن المغيرة[٦] عن إبراهيم أنه قال : لا ترد الحرة من داء[٧] .

---

(١) اى بها داء و مرض فهى بتلك المنزلة لم تخير و لا يجبر على طلاقها و ليس له خيار فى ذلك و هى امرأته ابدا .

(٢) كذا فى الأصل ، و سقط من الهندية لفظ « بن » ما بين « أبان » و « صالح » ، و مضى ذكر أبان فى الأسانيد فى كثير من الأبواب فيما قبل .

(٣) هكذا فى الأصول « او الجنون » بحرف الترديد و هو الصحيح ، و قبله ايضا فى « و الجذام » ، الصواب « أو الجذام » - تأمل .

(٤) اى و قال حماد ايضا لابراهيم : و لو ابتلى الرجل بهذا العيب أو الداء ؟ قال : هى امرأته و الرجل زوجها ابدا لا تخير و لا يمكن لها ان تخلص منه .

(٥) مضى فى ما قبل من الأبواب ، روى له الأربعة إلا النسائى ، و هو ثقة حسن الحديث ، مات سنة خمس و ستين و مائة ، و هو ابو محمد الأسدى الكوفى .

(٦) ابن مقسم الضبى ، تقدم .

(٧) و الأثر أخرجه ابن حزم فى المحلى من طريق وكيع عن سفيان الثورى عن حماد بن ابى سليمان عن ابراهيم النخعى قال : الحرة لا ترد من عيب ؛ و من طريق سعيد بن منصور نا هشيم اخبرنا المغيرة عن ابراهيم انه كان يقول : هى امرأته أن شاء امسك و ان شاء طلق دخل بها او لم يدخل بها ، ليس الحرائر كالآماء الحرة لا ترد من داء - انتهى .

محمد قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم[١] قال أخبرنا المغيرة الضبي[٢] عن إبراهيم أنه قال: لا يرد النكاح من عيب .

محمد قال: أخبرنا سلام بن سليم الحنفي[٢] عن إسمعيل بن أبي خالد[٣] عن عامر الشعبي[٤] قال: قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: من تزوج امرأة فوجدها مجنونة أو مجذومة أو بها برص أو قرن[٥] فهي امرأته إن شاء طلق و إن شاء أمسك[٦] .

= و الداء العلة، و عينه واو و لامه همزة، و منه « ای داء ادوأ من البخل » ای اشد؛ و فی حديث شريح « و الا فيمينه انه ما باعك و به داء » ای جارية بها داء وعيب. و مثله « رد الداء بدائه » ای ذا العيب بعيبه - كذا فی المغرب .

(١) هو الامام ابو يوسف رحمه الله تعالى، مضى فيما قبل .

(٢) تقدم فی الأبواب الماضية .

(٣) هو البجلي الأحمسي. ابو عبد الله الكوفي، احد الأعلام، روى له الستة، روى عن عبد الله بن ابي اوفى و أبي جحيفة و عمرو بن حريث و الشعبي و كان اعلم الناس به، وعنه شعبة و السفيانان و غيرهم. كان يسمى « الميزان » وثقه العجلي و غيره، مات سنة ست و اربعين و مائة - كذا فی الخلاصة .

(٤) مضى فيما قبل. و الأثر رواه ابن حزم فی المحلى من طريق وكيع عن اسمعيل بن ابي خالد عن الشعبي قال: قال علي بن ابي طالب: ايما رجل تزوج امرأة مجنونة او جذماء او برصاء او بها قرن فهي امرأته ان شاء طلق و ان شاء امسك - انتهى .

(٥) كفلس، لحم ينبت فی مدخل الذكر كالغدة و قد يكون عظما - مصباح، قاله فی رد المحتار، و فی المغرب: و القرن فی الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه، اما غدة غليظة او لحمة موتفقة او عظم - اه .

(٦) ای لا يخير .

محمد قال: أخبرنا[١] أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فى الرجل يتزوج امرأة و بها عيب أو داء إنها امرأته طلق أو أمسك، و لا يكون فى هذا بمنزلة الأمة أن يردها من عيب؛ ثم قال: أرأيت لو كان بالزوج عيب[٢] أ كان لها أن ترده.

---

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية فاخبرنا بالفاء، زيادة من الناسخ - كما لا يخفى و يمكن ان يكون «و اخبرنا» فصحفه الناسخ.

(٢) قال الامام محمد بعد اخراجه فى كتاب الآثار: و به نأخذ، لأن الطلاق بيد الزوج ان شاء طلق و ان شاء امسك؛ ألا ترى انه لو وجدها رتقاء لم يكن له خيار لأن الطلاق بيده، و لو وجدته مجبوبا كان لها الخيار لأن الطلاق ليس بيدها، و كذلك اذا وجدته مجنونا موسوسا يخاف عليها قتله، او وجدته مجذوما منقطعا لا تقدر على الدنو منه و اشباه هذا من العيوب التى لا تحتمل فهذا اشد من العنين و المجبوب، و قد جاء فى العنين ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: انها تؤجل سنة ثم تخير؛ و جاء ايضا فى الموسوس اثر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اجلها ثم خيرها، و كذلك العيوب التى لا تحتمل هى اشد من المجنون و العنين - انتهى. و راجع فتح القدير فان ابن الهمام اجاب عنه. و وقع فى الأصول «عيبا» بالنصب، و الصحيح انه مرفوع، و الجملة بعده استفهامية. و فى الآثار «أ كان» بالاستفهام فزدناه منه. و فى الدر المختار مع رد المحتار: و كذا يجب مهر المثل فيما اذا لم يسم مهرا، اى لم يسمه تسمية صحيحة او سكت عنه - نهر؛ فدخل فيه ما لو سمى لها غير مال كخمر و نحوه، او مجهول الجنس كدابة و ثوب؛ قال فى البحر: و من صور ذلك ما اذا تزوجها على ألف على ان ترد اليه ألفا، او تزوجها على عبدها، او قالت زوجتك نفسى بخمسين دينارا و أبرأتك منها فقبل، او تزوجها على حكمها او حكمه او حكم رجل آخر، او على ما فى بطن جاريته او اغنامه، او على ان يهب لأبيها ألف درهم، او على تأخير الدين عنها سنة و التأخير باطل، =

باب الرجل يتزوج المرأة و لم يفرض لها صداقا

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجل يتزوج المرأة و لا يسمى لها شيئا: إن دخل بها أو مات [عنها] قبل أن يدخل بها و لم يطلقها فلها صداق مثلها من نسائها، لا وكس[1] و لا شطط[2]، و لها الميراث إن مات عنها، و عليها العدة. و قال أهل المدينة: إن دخل بها كان لها صداق مثلها و إن مات عنها قبل أن يدخل بها فلا صداق لها، و لها الميراث، و عليها العدة[3].

= او على ابراء فلان من الدين، او على عتق اخيها، او طلاق ضرتها، و ليس منه ما لو تزوجها على عبد الغير لوجوب قيمته اذا لم يجز مالكه. او على حجة لوجوب قيمة حجة وسط لا مهرا لمثل، و الوسط بركوب الراحلة. او على عتق اخيها عنها لثبوت الملك لها فى الأخ اقتضاء، او تزوجته بمثل مهر امها و هو لا يعلمه لأنه جائز بمقداره و له الخيار اذا علم - اه. ملخصا باختصار؛ او نفى ان وطىء الزوج او مات عنها اذا لم يتراضيا على شىء يصلح مهرا - اه؛ قال فى البحر: لو قال «او مات احدهما» لكان اولى لأن موتها كموته كما فى البيتين - اه؛ و اعلم انه اذا ماتا جميعا فعنده لا يقضى بشىء، و عندهما يقضى بمهر المثل؛ قال السرخسى هذا اذا تقادم العهد بحيث يتعذر على القاضى الوقوف على مهر المثل، أما اذا لم يتقادم يقضى بمهر المثل عنده ايضا - حموى على البرجندى ابو السعود، اه.

(١) الوكس النقص، و كسه نقصه، و منه «و لا وكس و لا شطط» اى لا نقص و لا مجاوزة حد، و قوله فى قسمة البناء «ينظر الى صاحب الأوكس» يعنى الذى نصيبه موضع اقل قيمة و انقص من الآخر - اه المغرب.

(٢) هو مجاوزة القدر و الحد، و قول عائشة رضى الله عنها «لقد كلفهن شططا» اى امرا ذا شطط - اه المغرب.

(٣) راجع لذلك ابواب الصداق و التفويض من المدونة.

و قال

و قال محمد : و كيف كان للمرأة الميراث و لم يكن لها صداق؟ و كيف تجب على امرأة عدة و لا صداق لها ؟ ليس يكون ميراث و لا عدة إلا و أمام ذلك صداق وكذلك قال مسروق بن الأجدع [١] ؛ و قد بلغنا [٢]

(١) ابن مالك الهمدانى الوادعى الكوفى ، ابو عائشة ، العابد الفقيه ، من كبار اصحاب عبد الله بن مسعود الذين يقرؤن و يفتون . روى عن ابى بكر و عمر و عثمان و على و معاذ وخباب و ابن مسعود و ابىّ و المغيرة و زيد بن ثابت و ابن عمر و ابن عمرو و معقل بن سنان و عائشة و سبيعة الأسلمية و ام سلمة رضى الله عنهم و عبيد بن عمير و هو من اقرانه ، و عنه ابن اخيه محمد بن المنتشر بن الأجدع و ابو و ائل و ابو الضحى و الشعبي و ابراهيم و ابو اسحاق السبيعى و ابو الشعثاء المحاربى و مكحول و امرأته قمير و غيرهم ؛ قال ابو السفر : ما و لدت همدانية مثل مسروق . و قال الشعبي : كان مسروق اعلم بالفتوى من شريح . و قال ابو اسحاق : حج مسروق فلم ينم الا ساجدا ، و روى عن امرأته قالت : كان يصلى حتى تورم قدماه ؛ توفى سنة اثنتين او ثلاث و ستين و له ثلاث و ستون سنة ، رضى الله عنه و غفر لى بقر به منه . و أثره سيأتى فى الباب .

(٢) قد علمت فيما سبق ان بلاغات الامام محمد رحمه الله تعالى كلها مسندة ، الا ان انظارنا قد قصرت عن التتبع و مطالعة الكتب . و هو حديث بروع بنت واشق الأشجعية ، و قد اسنده بعده ، و قال فى باب الرجل يتزوج المرأة و لايفرض لها صداقا من الموطأ بعد اخراج حديث ابن عمر قوله من طريق شيخه مالك : قال محمد : و لسنا نأخذ بهذا ، اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعى ان رجلا تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقا فمات قبل ان يدخل بها فقال عبد الله بن مسعود : لها صداق مثلها من نسائها لا وكس و لا شطط ، فلما قضى قال : فان يكن صوابا فمن الله و ان يكن خطأ فمنى و من الشيطان . و الله و رسوله بريئان . فقال رجل من جلسائه - بلغنا انه معقل بن سنان الأشجعى و كان من اصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم : قضيت =

= و الذى يحلف به بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع ابنة و اشق الأشجعية ، قال : ففرح عبد الله فرحة ما فرح قبلها مثلها لموافقة قوله قولَ رسول الله صلى الله عليه و سلم ؛ و قال مسروق بن الأجدع : لا يكون ميراث حتى يكون قبله صداق ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، و هو قول ابى حنيفة و العامة من فقهائنا - انتهى . و اياك ان تظن انه منقطع بين ابراهيم و ابن مسعود مع ان مراسيله حجة لا سيما عن ابن مسعود رضى الله عنه كما عرفت فيما قبل مرارا ، بل علقمة بن قيس يروى عن ابن مسعود ، و علقمة شيخ ابراهيم النخعى الخصوصى - كما لا يخفى ؛ فعند الحارثى و ابن خسرو و الحسن بن زياد : عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود الحديث ، كما فى جامع المسانيد ؛ و كذلك ابراهيم عن علقمة اخرجه الترمذى و ابن حبان فى صحيحه ، و فى منتقى الأخبار عن علقمة قال : اتى عبد الله فى امرأة تزوجها رجل ثم مات عنها و لم يفرض لها صداقا و لم يكن دخل بها فاختلفوا اليه فقال : ارى لها مثل مهر نسائها ، و لها الميراث ، و عليها العدة ؛ فشهد معقل بن سنان الأشجعى ان النبي صلى الله عليه و سلم قضى فى بروع ابنة واشق بمثل ما قضى ؛ رواه الخمسة وصححه الترمذى - اه . و فى النيل : و الحديث اخرجه ايضا الحاكم و البيهقى و ابن حبان و صححه ايضا ابن مهدى ؛ و قال ابن حزم : لا مغمز فيه لصحة اسناده - اه . قال الحافظ فى بلوغ المرام : رواه احمد و الأربعة ، و صححه الترمذى و جماعة - اه . وهو فى التلخيص الحبير مفصلا . و راجع الجوهر النقى و عقود الجواهر المنيفة فى ادلة الامام ابى حنيفة . و رواه الامام محمد بهذا الاسناد فى كتاب الآثار فى باب من تزوج و لم يفرض لها صداقا حتى مات ، ثم قال بعد تخريجه : قال محمد : و به نأخذ ، لا يجب الميراث و العدة حتى يكون قبل ذلك صداق ، و هو قول ابى حنيفة ؛ قال محمد : و الرجل الذى قال لعبد الله بن مسعود رضى الله عنه ما قال معقل بن يسار الأشجعى رضى الله عنه و كان من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم - انتهى . و اخرجه الامام ابو يوسف بهذا الاسناد فى كتاب الآثار من رقم ٦٠٧ ص ١٣٢ .

ذلك عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ؟ [و] فى ذلك آثار كثيرة معروفة .

أخبرنا محمد قال أخبرنا[١] أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم[٢] عن عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه أن رجلا أتاه فسأله عن رجل تزوج بامرأة[٣] فلم يفرض لها صداقا و لم يدخل بها حتى مات فقال : ما بلغنى فى هذا عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ؟ قال : فقل فيها برأيك ؟ قال : رأيى أرى[٤]

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « محمد قال قال » مكان « اخبرنا ابو حنيفة » و هو من تصرفات الناسخ يدل عليه ما فى كتاب الآثار له « محمد قال اخبرنا ابو حنيفة » من غير تكرار « قال » الثانى فالصواب ما فى الأصل - فتنبه .

(٢) ليس بمنقطع و لا مرسل بل رواه ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود - الحديث ، كما رواه الخمسة و الحاكم و البيهقى و ابن حبان و غيرهم . كما عرفت فيما سبق ، و كذا عند الحارثى و ابن خسرو من طريق ابى مقاتل عنه ، و من طريق المقرئ و الحسن بن زياد عنه عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود رضى الله عنه - الحديث .

(٣) كذا فى الأصول بزيادة الباء الجارة قبل « امرأة » و فى الآثار « تزوج امرأة » بدون الباء و هو الأولى . و فى كتاب الآثار لأبى يوسف : ان رجلا سأل ابن مسعود رضى الله عنه عن الرجل يموت و له امرأة لم يدخل بها و لم يسم لها مهرا - الحديث .

(٤) هكذا فى الأصول « رأيى أرى » و فى كتاب الآثار للامام محمد « قال : فقل فيها برأيك ، قال : ارى لها الصداق - الخ » و كذا فى كتاب الآثار لأبى يوسف ليس فيها قوله « رأيى » فالأولى حذفه . فان قلت : قال البيهقى فى سننه : قال الشافعى : لم احفظه من وجه يثبت فمرة يقال « معقل بن سنان » و مرة يقال « معقل بن يسار » و مرة من بعض اشجع و لا يسمى ! قلت : اجاب عنه البيهقى و قال : و هذا الاختلاف لا يؤثر فى الحديث فان جميع هذه الروايات اسنادها صحيح و فى بعضها ما دل على ان جماعة =

= من اشجع شهدوا بذلك فان بعض الرواة سمى واحدا و بعضهم سمى آخر و بعضهم سمى اثنتين و بعضهم لم يسم، و بمثله لا يرد الحديث، و لولا ثقة من رواه عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لما كان لفرح عبد الله بن مسعود بروايته معنى، و هذا عبد الرحمن ابن مهدى امام من ائمة الحديث قد رواه و ذكر سنده و قال: هذا اسناد صحيح، و قد سمى فيه معقل بن سنان و هو صحابي مشهور، و رواه يزيد بن هارون و هو احد الحفاظ مع عبد الرحمن بن مهدى و غيره باسناد صحيح؛ و ذكر سنده - اه. و راجع لمعرفة طريق الحديث نصب الراية. و فى الجوهر النقى: قلت: اخرجه ابن حبان فى صحيحه من طريق سفيان عن منصور عن ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود، وكذلك اخرجه الترمذى و قال: حسن صحيح و حكى الحاكم فى المستدرك عن شيخه ابى عبد الله محمد بن يعقوب الحافظ انه قال: لوحضرت الشافعي رضى الله عنه لقمت على رؤس اصحابه و قلت: قد صح الحديث فقل به؛ و قال الحاكم: انما حكم شيخنا بصحته لأن الثقة قد سمى فيه رجلا من الصحابة و هو معقل بن سنان كما فى حديث فراس عن الشعبي عن مسروق عن عبد الله فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين - اه. و قال ابن ابى حاتم: قال ابو زرعة. الذى قال معقل بن سنان اصح، و للحديث شاهد آخر اخرجه ابو داود و الحاكم من حديث عقبة بن عامر ان النبي صلى الله عليه و سلم زوج امرأة رجلا فدخل بها و لم يفرض لها صداقها فحضرته الوفاة فقال: اشهدكم ان سهمى بخيبر لها - اه؛ و ما روى عن على خلافه لم يثبت عنه من وجه صحيح؛ و لم ينفرد بالحديث معقل المذكور بل روى من طريق غيره ايضا بل معه الجراح كما وقع عند ابى داود، و به قال ابن مسعود و معقل بن سنان و ابن سيرين و ابن ابى ليلى و ابوحنيفة و اصحابه و اسحاق و احمد كما فى شروح الحديث و الشعبي و مسروق و النخعى و حماد بن ابى سليمان و غيرهم؛ و الكتاب و السنة انما نفيا مهر المطلقة قبل المس و الفرض. لا مهر من مات عنها زوجها، و احكام الموت غير احكام الطلاق؛ =

= و به قال الشافعى فى قول و القاسم فى رواية عنه ؛ و القول بأن العمل على ما قال به ابن عمر فى قصة ابن له ليس بحجة ، وكذا القول بأنه قال بخلافه جمهور الصحابة محل نظر و تأمل لأنه لا بد لذلك من نقل صحيح عنهم و ليس كذلك . و راجع لذلك التعليق الممجد . و العجب من البيهقى انه بعد ما اورد كلامه المتقدم فى حديث ابن مسعود رضى الله عنه و صحح اسانيده و رد قول امامه ثم عقد بابا ثانيا و ترجم بقوله « باب من قال : لاصداق لها » ثم ذكر فى آخره عن ابى اسحاق الكوفى عن مزيدة بن جابر ان عليا قال: لا يقبل قول اعرابى من أشجع على كتاب الله - اه . قال فى الجوهر النقى قلت : الكلام عليه من ثلاثة اوجه ، الأول : ان ابا اسحاق هذا هو عبد الله بن ميسرة و هو ضعيف جدا ، قال يحيى ليس بشىء ، و قال مرة : ليس بثقة ، و كذا قال النسائى ، و قال ابو زرعة : واهى الحديث ، و قال ابن حبان : لا يحل الاحتجاج بخبره ؛ و الثانى : ان مزيدة هذا قال ابو زرعة : ليس بشىء ، ذكره ابن ابى حاتم فى كتابه ؛ و الثالث : ان البخارى ذكر فى تأريخه انه يروى عن ابيه عن على ، فظاهر هذا الكلام ان روايته عن على منقطعة ؛ و لهذه الوجوه او بعضها قال المنذرى : لم يصح هذا الأثر عن على ؛ و العجب من البيهقى يصحح روايات حديث معقل ثم يعترض عليه بمثل هذا الأثر المنكر و يسكت عنه و لا يبين ضعفه - اه . و مثله فى ج ١ ص ١١٧ من عقود الجواهر المنيفة ، و لعله مأخوذ من الجوهر النقى . و انظر قول الامام محمد فى الموطأ بعد رواية حديث ابن عمر من طريق مالك قال : و لسنا نأخذ بهذا ؛ اى لما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه و سلم خلافه ، و لا حجة بعد قول رسول الله صلى الله عليه و سلم بقول غيره فان كل واحد من الرجال يؤخذ قوله و يترك إلا قول رسول الله صلى الله عليه و سلم ؛ ردا على من قال ان الحنفية لا يقولون بالأحاديث و يعملون بالقياس او الآثار الضعيفة ! و ههنا ترك مالك و من معه الحديث الصحيح حديث ابن مسعود رضى الله عنه و عملوا بأثر ابن عمر رضى الله عنه - فافهم و تدبر ، و لا تلتفت الى قيل و قال .

لها الصداق كاملا ، و لها الميراث ، و عليها العدة . فقال رجل من جلسائه[١] : قضيت بالذى يحلف به بقضاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى بروع[٢] ابنة واشق الأشجعية ؛ قال : ففرح عبد الله بن مسعود فرحة ما فرح قبلها مثلها[٣] لموافقة رأيه قول رسول الله صلى الله عليه و سلم .

محمد قال : أخبرنا أبو كدينة يحيى بن المهلب البجلى[٤] قال أخبرنا داود بن أبى هند[٥] قال : كان أهل المدينة يقولون : إذا مات الرجل عن امرأته

(١) و هو « معقل بن سنان الأشجعى » او « معقل بن يسار الأشجعى » كما سيأتى فى الباب . و الأولى اصح - كما سبق . و فى موطأ محمد : بلغنا انه معقل بن سنان الأشجعى .

(٢) قال فى القاموس : كجدوى و لا يكسر ؛ بنت واشق ، صحابية ؛ و فى المغنى بفتح الباء عند اهل اللغة و كسرها عند اهل الحديث - اه . و اسم زوجها « هلال بن مرة » ذكره ابن منده فى معرفة الصحابة ، و هو فى مسند احمد ايضا ، ذكره الحافظ فى التلخيص الحبير ؛ و هى صحابية مشهورة .

(٣) مثلها اى مثل الفرحة التى قبلها .

(٤) الكوفى ، من رجال البخارى و الترمذى و النسائى ، روى عن سليمان التيمى و حصين ابن عبد الرحمن و قابوس بن ابى ظبيان و مطرف بن طريف و ليث بن ابى سليم و سهل ابن ابى صالح و عطاء بن السائب و مغيرة بن مقسم و غيرهم ، و عنه الأسود بن عامر شاذان و ابو احمد الزبيرى و ابو جعفر محمد بن الصلت و ابو اسامة و عفان و ابو نعيم و غيرهم ؛ قال ابن معين و ابو داود و النسائى و العجلى : ثقة : و قال النسائى فى موضع آخر : ليس به بأس ، و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال : ربما اخطأ ؛ قلت : و قال يعقوب بن سفيان : ثقة . و قال ابن سعد : كان ثقة ان شاء الله تعالى ، و قال الدارقطنى : يعتبر به - تهذيب . و اظن أنه تقدم فيما قبل .

(٥) تقدم ، من كبار العلماء ، ثقة .

و لم

و لم يفرض لها صداقا فلها الميراث، و لا صداق لها. قال عامر الشعبي: قال مسروق: لا يكون ميراث[1] حتى يكون بين يديه مهر[2].

محمد قال: أخبرنا أبو كدينة يحيي بن المهلب البجلي عن إسمعيل بن أبي خالد عن عامر الشعبي[3] قال: أتى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في رجل توفي عن امرأته و لم يفرض لها صداقا قال: فقال: أما أنا فسأجتهد[4] فيها برأيي[5] فان أخطأت فالخطأ من قبلي و إن أصبت فالصواب من الله[6]، لها صداق نسائها لا وكس و لا شطط، و لها الميراث، و عليها العدة؛ قال: فقام معقل بن يسار الأشجعي[7] فقال هو يشهد على النبي صلى الله عليه و آله و سلم

(١) كذا في الأصل، و في الهندية «ميراثا» بالنصب.

(٢) كذا في الأصل، و في الهندية «مهرا» بالنصب.

(٣) تقدم؛ و الشعبي لم يسمع من ابن مسعود رضي الله عنه - كما في التهذيب؛ فالحديث مرسل. و هو حجة قبل المائتين عند جمهور المحدثين لاسيما اذا اعتضد بمتصل.

(٤) في الأصول «فسأجهد» و الأولى الأرجح «سأجتهد».

(٥) كذا في الهندية و كان في الأصل «لله رأى» و هو لا يناسب.

(٦) اشارة الى ان المجتهد يخطىء و يصيب.

(٧) كذا في الأصول سماه «معقل بن يسار الأشجعي» و هكذا في كتاب الآثار للامام محمد سماه «معقل بن يسار الأشجعي» قال محمد: و الرجل الذي قال لعبد الله بن مسعود ما قال معقل بن يسار الأشجعي و كان من اصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم؛ لكن في الموطأ «معقل بن سنان الأشجعي» كما عرفت، و هو الأصح؛ و في كتاب الآثار لأبي يوسف: فقال رجل من اشجع اه. و معقل بن يسار مزني بصري ليس بأشجعي، صحابي. من رجال الستة. و كان ممن بايع تحت الشجرة - كما في التهذيب؛ و اليه ينسب «نهر معقل» بالبصرة؛ و معقل بن سنان الأشجعي هو ابو محمد او ابو عبد الرحمن =

أنه قضى بالذى قضيت بـه ؛ قال : فما رأيت عبد الله رضى الله عنه فرح بعد إسلامه ما فرح يومئذ .

محمد قال : أخبرنا خالد بن عبد الله[1] عن داود بن أبى هند عن الشعبى عن مسروق قال : ما كان ميراث قط حتى يكون قبله صداق[2] .

محمد قال : أخبرنا خالد بن عبد الله عن يونس بن عبيد[3] عن الحسن[4]

= او ابو يزيد او ابو عيسى او ابو سنان ، شهد الفتح و كان حامل لواء قومه ؛ قال الحافظ فى التهذيب : و روى عن النبى صلى الله عليه و سلم قصة تزويج بروع بنت واشق . سكن الكوفة ثم المدينة ، و كان مع اهل الحرة و قتل يومئذ فى سنة ثلاث و ستين ، قتله نوفل بن مساحق ، و هو من رجال الأربعة ، و لعله اشتبه على الراوى بمعقل بن يسار البصرى ، لأن ابن سنان سكن الكوفة التى هى قريبة من البصرة - و العلم عند الله تعالى . و الراجح عند المحدثين « معقل بن سنان الأشجعى » .

(١) تقدم فى الأبواب الماضية من الكتاب ، و هو ابو محمد الطحان الواسطى .

(٢) و الصداق لا يكون الا فى النكاح الصحيح . قال فى الدر المختار : و يستحق الارث بأحد ثلاثة : برحم و نكاح صحيح (و لو بلا وطئ وخلوة اجماعا - در منتقى) فلا توارث بفاسد و لا باطل اجماعا - اه ؛ و الفاسد ما فقد شرطا من شروط الصحة كشهود ، و لا باطل كنكاح المتعة و الموقت و ان جهلت المدة او طالت فى الأصح - اه رد المحتار .

(٣) هو ابن دينار العبدى مولاهم ، ابو عبيد البصرى ، من رجال الستة ، ثقة كثير الحديث ، و هو اثبت فى الحسن ، و له ترجمة بسيطة فى التهذيب .

(٤) هو الحسن البصرى ، و الحديث مرسل .

أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال فى المتوفى عنها زوجها و لم يفرض لها [صداقا] [1] : إن لها صداق نسائها [2] .

محمد قال: أخبرنا إبراهيم بن محمد المدينى قال حدثنى عبدالله بن أبى بكر ابن حزم [3] عن عمر بن عبد العزيز [4] أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قضى لبروع ابنة واشق أن لها صداق نسائها و لها الميراث و عليها العدة ، و لم يكن زوجها دخل بها و لا سمى لها صداقا .

باب الذى يفوض إليه فى النكاح فيتزوج و لا يفرض لها صداقا

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الذى يفوض إليه فى أمر النكاح فيتزوج و لا يفرض لها صداقا و قد علم زوجه أنه محتاج مقل فيدخل بالمرأة و لم يسم لها صداقا: فان لها صداق مثلها من نسائها لا وكس و لا شطط على قدر جمالها و مالها فى أهل بلدها . و قال أهل المدينة: يفرض لها بقدر ما أُريد به من الزوجين ، فوض إليه ذلك بعد العلم بحاجته و قلة ذات يده ،

(١) سقط ما بين المربعين من الأصول ، و لا بد منه .

(٢) فى الأصول « نسائه » و هو خطأ .

(٣) هو الأنصارى ، ابو محمد او ابو بكر المدنى ، من رجال الستة ، مدنى تابعى ، ثقة ثبت ، فقيه محدث عالم مأمون حافظ حجة ، كثير الأحاديث ، من اهل العلم ، من اهل البصرة ، رجل صدق ، توفى سنة خمس و ثلاثين و مائة او سنة ثلاثين و مائة و هو ابن سبعين سنة ، و ليس له عقب - كذا فى التهذيب .

(٤) هو الخليفة الراشد الخامس ، لا يسئل عن مثله ، صاحب المناقب الكثيرة ، من رجال الستة ، و قد تقدم من قبل .

غير أن ذلك[1] لايحط[2] فيما[3] ينكح بمثله، يريدون بما لا ينكح بمثله الأقل من ربع دينار[4] ·

(١) قوله «ان ذلك» كذا فى الهندية، و لفظ «ان» ساقط من الأصل ·

(٢) فى الأصول «لا يخطى» و هو خطأ. و الصواب «لا يحط» من الحط و هو الاسقاط و الابراء و الترك و النقص · و فى المغرب: حط من الثمن كذا اسقط. و اسم المحطوط الحطيطة - اه ·

(٣) هكذا فى الأصول «فيما» و الأولى عندى «مما» · راجع باب النكاح بصداق اقل من ربع دينار من المدونة ·

(٤) لم اجد هذه المسألة بعينها فى باب التفويض من المدونة. بل فيها من باب التفويض: قلت: أرأيت ان تزوج امرأة و لم يفرض لها و دخل بها فأرادت ان يفرض لها مهر مثلها من مثلها من النساء امهاتها او اخواتها او عماتها او خالاتها او جداتها؟ قال: انما كانت الأختان مختلفتى الصداق. قال: و قال مالك: لا ينظر فى هذا الى نساء قومها و لكن ينظر فى هذا الى نسائها فى قدرها و جمالها و موضعها و غناها؛ قال ابن القاسم: و الأختان تفترقان ههنا فى الصداق، قد تكون الأخت لها المال و الجمال و الشطاط، و الأخرى لا غنى لها و لا جمال. فليس هما عند الناس فى صداقهما وتشاح الناس فيهما سواء؛ قال مالك: و قد ينظر فى هذا الى الرجال ايضا، أليس الرجل يتزوج لقرابته و يغتفر قلة ذات يده و الآخر اجنبى ميسر يعلم انه انما رغب فيه لماله فلا يكون صداقها عند هذين سواء؛ قلت: أرأيت ان تزوج امرأة و لم يفرض لها فأرادت المرأة أن يفرض لها قبل البناء و قال الزوج: لا افرض لك الا بعد البناء؟ قال: قال مالك: ليس له ان يبنى بها حتى يفرض لها صداق مثلها، الا ان ترضى منه بدون ذلك. فان لم ترض الا بصداق مثلها كان ذلك لها عليه - الى آخر الجزئيات فى الباب. و راجع باب نصف الصداق و باب فى الرجل يزوج ابنته و يضمن صداقها لها، و غيرهما من الأبواب لعلك تجدها ·

و قال محمد : و كيف يكون ذلك على ما قلتم و لم يفوض إليه تسمية المهر ؟ إنما زوج و لم يسم بينهما مهر فهذا على مهر مثلها ! قالوا : إن الذى زوجه قد علم حاجته . قيل لهم : فما بين فى نكاحه حط [1] من صداق أو غيره؟ قالوا : لا و لكنا نراه زوجه على غير تسمية و قد عرف حاجته إلا و قد رضى أن يحط له من مهر مثلها . قيل لهم : و إنما هذا ظن تظنونه ، و الظن لا يغنى من الحق شيئا ، و ليس ينبغى من ترك حق هذه المرأة بالظن و لم يسم الولى حطا من الصداق [2] .

باب نكاح [3] الأحرار و الاماء المسلمات و نساء أهل الكتاب

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : يكره للسلم أن يتزوج الأمة من أهل الكتاب [4] إذا لم يكن تحته حرة [5] . فان تزوجها فالنكاح جائز [6] ، و هذا عندنا مكروه .

---

(١) كذا فى الأصول بالرفع ، فعلى هذا يكون قوله « بين » فعل ما لم يسم فاعله ، و ان كان الفعل معروفا فلا بد ان يكون قوله « حط » منصوبا بالمفعولية .

(٢) و اذا حط الولى من الصداق شيئا او سمى الولى حطا فى النكاح كان الحكم على غير ما ذكر .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « النكاح » بالتعريف ، و الصواب ما فى الأصل ؛ و قوله « و الاماء » بواو العطف فى الأصول ، و لعل الواو زائدة و « الاماء المسلمات » مفعول به للصدر ، يعنى اذا نكح الحر الأمة المسلمة او امرأة من نساء اهل الكتاب فما الحكم فيه .

(٤) فى الدر المختار مع رد المحتار : (وصح نكاح كتابية) اطلقه فشمل الحربية و الذمية و الحرة و الأمة - ح عن البحر ، (و ان كره تنزيها) اى سواء كانت ذمية او حربية ؛ قال صاحب البحر : استظهر ان الكراهة فى الكتابية الحربية تنزيهية فالذمية اولى - اه ح ؛ قلت : علل ذلك فى البحر بأن التحريمية لا بد لها من نهى او ما فى معناه لأنها فى رتبة =

= الواجب - اه؛ و فيه ان اطلاقهم الكراهة فى الحربية يفيد انها تحريمية، و الدليل عند المجتهد على ان التعليل يفيد ذلك، فى الفتح : يجوز تزوج الكتابيات؛ و الأولى ان لا يفعل و لا يأكل ذبيحتهم الا لضرورة، و تكره الكتابية الحربية اجماعا لافتتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعى للقام معها فى دار الحرب، و تعرض الولد على التخلق بأخلاق اهل الكفر، و على الرق بأن تسبى و هى حبلى فيولد رقيقا و ان كان مسلما - اه؛ فقوله «و الأولى ان لا يفعل» يفيد كراهة التنزيه فى غير الحربية. و ما بعده يفيد كراهة التحريم فى الحربية - تأمل؛ (مؤمنة بنبى مرسل) تفسير للكتابية لا تقييد - ح؛ (مقرة بكتاب منزل) : فى النهر عن الزيلعى : و اعلم ان من اعتقد دينا سماويا و له كتاب منزل كصحف ابراهيم و شيث و زبور داود فهو من اهل الكتاب فتجوز مناكحتهم و اكل ذبائحهم (و ان اعتقدوا المسيح الها و كذا حل ذبيحتهم على المذهب - بحر) اى خلافا لما فى المستصفى من تقييد الحل بأن لا يعتقدوا ذلك. و يوافقه ما فى مبسوط شيخ الاسلام، يجب ان لا يأكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح اله و ان عزيرا اله. و لا يتزوجوا نساءهم، قيل : و عليه الفتوى؛ و لكن بالنظر الى الدليل ينبغى ان يجوز الأكل و التزوج - اه؛ قال فى البحر : و حاصله ان المذهب الاطلاق، كما ذكره شمس الأئمة فى المبسوط من ان ذبيحة النصرانى حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة او لا، لاطلاق الكتاب هنا و الدليل، و رجحه فى فتح القدير بأن القائل بذلك طائفتان من اليهود و النصارى انقرضوا لا كلهم، مع ان مطلق لفظ الشرك اذا ذكر فى لسان الشرع لا ينصرف الى اهل الكتاب و ان صح لغة فى طائفة او طوائف، لما عهد من اراداته به من عبد مع الله تعالى غيره ممن لا يدعى اتباع نبى و كتاب - الى آخر ما ذكره، اه انتهى ما فى الرد ج ٢ ص ٤٤٧ (و المحرمة بحج او عمرة و لو بمحرم عطف على كتابية فتنبه، و الأمة و لو) كانت (كتابية او مع طول الحرة) اى مع القدرة على مهرها و نفقتها، قال فى الدر : الأصل عندنا ان كل =

وطیٔ

= وطئ يحل بملك يمين يحل بنكاح ، و ما لا فلا (قوله الأصل - الخ) قد يناقش فيه بالأمة المملوكة بعد الحرة فانه يجوز وطؤها ملكا ، و لا يجوز ان ينكح الأمة على الحرة - ط ؛ قوله (و ان كره تحريما فى المحرمة و تنزيها فى الأمة) اما الثانى فهو ما استظهره فى البحر من كلام البدائع ومثله فى القهستانى و أيده بقول المبسوط : و الأولى ان لايفعل ؛ و أما الأول فهو ما فهمه فى النهر من كلام الفتح و هو فهم فى غير محله ؛ الى ان قال : وحاصله ان لا ينكح ان كان المراد به الوطء فالنهى للتحريم ، و هذا قطعى لا شبهة فيه ، او العقد فالنهى للكراهية ، و ما ذكره من الوجه لا يقتضى كراهة التحريم و الا حرم تجارة المحرم فى الاماء فان فيه ايضا شغل القلب وتنبيه النفس للجماع . و يؤيده قوله ، و هذا محمل قوله ، و لا يخطب على انه قد صرح فى شرح درر البحار بأن النهى للتنزيه ، ، قول الكنز : و حل تزوج الكتابية و الصابئة و المحرمة ؛ صريح فى ذلك فان المكروه تحريما لا يحل - فافهم ، (قوله لا يصح عكسه) اى و لا جمعهما فى عقد واحد بل يصح فى الجمع نكاح الحرة لا الأمة كما صرح به الزيلعى و غيره ، و ما فى الاشباه فى قاعدة اذا اجتمع الحلال و الحرام من انه يبطل فيهما سبق قلم - هذا ، و حرمة ادخال الأمة على الحرة اذا كان نكاح الحرة صحيحا ، فلو دخل بالحرة بنكاح فاسد لا يمنع نكاح الأمة - شرنبلالية (قوله و لو ام ولد فى عدة حرة) شمل المدبرة و المكاتبة - كما فى البحر ، (قوله و لو من بائن) أشار به الى خلاف قولهما بجوازه ، و اتفقوا على المنع فى الرجعى ؛ و فى الدرر (وصح لو راجعها) اى الأمة (على حرة) لبقاء الملك ؛ قال فى الرد : اى ملك نكاح الأمة لأنها لم تخرج بالطلاق الرجعى عن النكاح ، فالحرة هى الداخلة على الأمة - انتهى ما فى ج ٢ ص ٤٤٩ من الرد و الدر مع الاختصار . و اياك ان تظن بأنى نقلت الأجنبي من المقام ! كلا ، و لكن نقلت هذا التفصيل قصدا بعد فهم المقام لتكون على بصيرة تامة فى هذه المسائل - و للناس فيما يعشقون مذاهب .

(٥)فان كانت تحته حرة فلا يجوز نكاح الأمة عليها لما احرجه الدارقطنى فى سننه عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : طلاق العبد اثنتان - الحديث ، إلى ان قال : « تتزوج الحرة على الأمة و لا تتزوج الأمة على الحرة ؛ قالوا : فيه مظاهر بن اسلم و هو ضعيف - كما فى التهذيب ، و هو من رجال ابى داود و الترمذى و ابن ماجه ؛ و فى نصب الراية ثم فتح القدير : و فيه مظاهر بن اسلم ضعيف ؛ و أخرج الطبرى فى تفسيره فى سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى ان تنكح الأمة على الحرة ، قال : و تنكح الحرة على الأمة ؛ قال : و هذا مرسل الحسن . و رواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا ؛ وكذا رواه ابن ابى شيبة عنه ؛ و اخرج عبد الرزاق : اخبرنا ابن جريج اخبرنى ابو الزبير انــه سمع جابر بن عبد الله يقول : لا تنكح الأمة على الحرة و تنكح الحرة على الأمة ؛ و أخرج عن الحسن و ابن المسيب نحوه ؛ و أخرج ابن ابى شيبة عن على رضى الله عنه : لا تنكح الأمة على الحرة ، و أخرج عن ابن مسعود نحوه ، و أخرج ابن ابى شيبة : حدثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : تتزوج الحرة عــلى الأمة و لا تتزوج الأمة على الحرة ؛ و عن مكحول نحوه ؛ فهذه آثـار ثابتة عن الصحابة و التابعين رضى الله عنهم تقوى الحديث المرسل ، لو لم يقــل بحجيته فوجب قبوله ، ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور و ان اختلفت طرق اضافتهم فان الثلاثة اضافوه الى مفهوم قوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا » الآية ، و ذلك ان تزوج الأمة على الحرة يكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقـا ، و الامام الشافعى رحمه الله تعالى قائل بحجية المرسل بعد ثقة رجاله اذا اقترن بأقوال الصحابة ، و هنـا كذلك فانه قد ثبت ذلك عن علىّ و جابر على الاطلاق كما بينا ، وكذا يرى حجيته اذا افتى به جماعة من اهل العلم ، و هنا كذلك ، و هذا كله نص الشافعى فى الرسالة فانه قال : فان لم يوجد ذلك يعنى تعدد المخرج نظر الى بعض ما يروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم قولا له فان وجد =

= ما يوافق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و سلم كانت هذه دلالة على انه لم يرسل الا عن اصل يصح ان شاء الله ، و كذلك ان وجد عوام من اهل العلم يفتون بمثل معنى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و سلم - اه . و به يخص قوله تعالى « و أحل لكم ما وراء ذلكم » اذ قد اخرج منه ما قدمنا - كذا فى فتح القدير ؛ ثم انظر المحقق فى التخصيص و بينه فراجعه .

(٦) لقوله تعالى « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » فلم يخص الله تعالى من الكتابيات الحرائر دون الاماء بل عم و أطلق و ارسل ارسالا شمل الحرائر و الاماء من اهل الكتاب ، و ما كان ربك نسيا ، وحرم نكاح المشركات وهن الوثنيات و لم يرد فى لسان الشرع اسم المشرك على اهل الكتاب بل فرق بينهما فى آيات متعددة ، و قد خلط البحث ابن حزم فى المحلى فلا تلتفت إليه ؛ و تفصيل المرام على ما يقتضى المقام و ان كان يطول الكلام على ما ذكره الجصاص فى احكام القرآن ، قال الله تعالى « و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » حدثنا جعفر بن محمد الواسطى قال حدثنا محمد بن اليمان قال حدثنا ابو عبيد قال حدثنا عبد الله بن صالح عن معاوية بن صالح عن ابى طلحة عن ابن عباس فى قوله « و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » قال: ثم استثنى اهل الكتاب فقال « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن اجورهن محصنين غير مسافحين و لا متخذى اخدان » قال : عفائف غير زوان ، فأخبر ابن عباس ان قوله « و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » مرتب على قوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » و ان الكتابيات مستثنيات منهن ؛ و روى عن ابن عمر انها عامة فى الكتابيات و غيرهن ؛ حدثنا جعفر بن محمد قال حدثنا جعفر بن محمد بن اليمان قال حدثنا ابو عبيد قال حدثنا يحيى بن سعيد عن عبيد الله بن نافع عن ابن عمر انه كان لا يرى بأسا بطعام اهل الكتاب و كره نكاح نسائهم ؛ قال ابو عبيد : و حدثنا عبد الله ابن صالح عن الليث قال حدثنى نافع عن ابن عمر انه كان اذا سئل عن نكاح اليهودية =

= و النصرانية قال: ان الله حرم المشركات على المسلمين، قال: فلا اعلم من الشرك شيئا اكبر، أو قال: اعظم من ان تقول المرأة ربها عيسى و هو عبد من عبيد الله، فكرهه في الحديث الأول و لم يذكر التحريم، و تلا في الحديث الثاني الآية، و لم يقطع فيهما بشيء، و انما اخبر ان مذهب النصارى شرك؛ قال: وحدثنا ابو عبيد قال حدثنا على بن سعد عن ابي المليح عن ميمون بن مهران قال: قلت لابن عمر: انا بأرض يخالطنا فيها اهل الكتاب فننكح نساءهم و نأكل طعامهم؟ قال: فقرأ على آية التحليل و آية التحريم، قال: قلت: انى اقرأ ما تقرأ فننكح نساءهم و نأكل طعامهم؟ قال: فأعاد على آية التحليل و آية التحريم؛ قال ابو بكر: عدوله بالجواب بالاباحة و الحظر الى تلاوة الآية دليل على انه كان واقفا في الحكم غير قاطع فيه بشيء، و ما ذكر عنه من الكراهة يدل على انه ليس على وجه التحريم كما يكره تزوج نساء اهل الحرب من الكتابيات لا على وجه التحريم؛ و قد روى عن جماعة من الصحابة و التابعين اباحة نكاح الكتابيات؛ حدثنا جعفر بن محمد الواسطى قال حدثنا جعفر بن محمد بن اليمان قال حدثنا ابو عبيد قال حدثنى سعيد بن ابى مريم عن يحيى بن ايوب و نافع بن يزيد عن عمر مولى عفرة قال: سمعت عبد الله بن على بن السائب يقول: إن عثمان تزوج نائلة بنت الفرافصة الكلبية و هى نصرانية على نسائه، و بهذا الاسناد من غير ذكر نافع ان طلحة ابن عبيد الله تزوج يهودية من اهل الشام؛ و روى عن حذيفة ايضا انه تزوج يهودية وكتب اليه عمر ان: خل سبيلها، فكتب اليه حذيفة: أحرام هى؟ فكتب اليه عمر: لا و لكن اخاف ان تواقعوا المؤمسات منهن؛ و روى عن جماعة من التابعين اباحة تزويج الكتابيات منهم: الحسن و ابراهيم و الشعبي، و لا نعلم عن أحد من الصحابة و التابعين تحريم نكاحهن؛ و ما روى عن ابن عمر فيه فلا دلالة فيه على انه رآه محرما و انما فيه عنه الكراهة كما روى كراهة عمر لحذيفة تزويج الكتابية من غير تحريم، و قد تزوج عثمان وطلحة و حذيفة الكتابيات، و لو كان ذلك محرما عند الصحابة لظهر =

منهم

= منهم نكير او خلاف، و فى ذلك دليل على اتفاقهم على جوازه - اه . و من ههنا ظهر لك ضعف ما حمله ابن حزم فى المحلى من قول ابن عمر على التحريم فانك قد عرفت انه كرهه و لم يقطع فيه بشيء من التحليل و التحريم بل كان متوقفا فيه و بين ان مذهبهم شرك و لم يقل : ان النكاح حرام . و كيف يمكن ان يقول بالتحريم و قد أحله الله تعالى! و ما قاله الجصاص فى معنى قول ابن عمر احسن و أليق بابن عمر مما فى فيض البارى : و هذا مما تضرر به ابن عمر فى عدم اباحة النكاح بالكتابية ، و أجاب الجمهور ان القرآن اباح لنا نكاحهن مع العلم بأنهن مشركات، فكأن هذا النوع اختص من المشركين بأحكام علحدة ، و لعله يقول ان القرآن قيد جواز نكاح الكتابيات بالاحصان ، و من دعا لله ندا و قال : ثالث ثلاثة ، فانه ليس بمحصن - اه ما فى فيض البارى . و قوله « و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » غير موجب لتحريم الكتابيات من وجهين ، احدهما : ان ظاهر لفظ المشركات انما يتناول عبدة الأوثان منهم عند الاطلاق ، و لا يدخل فيه الكتابيات الا بدلالة ، ألا ترى الى قوله تعالى « ما يود الذين كفروا من اهل الكتاب و لا المشركين ان ينزل عليكم من خير من ربكم » و قال « لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب و المشركين منفكين » ! ففرق بينهم فى اللفظ ، و ظاهره يقتضى ان المعطوف غير المعطوف عليه الا ان تقوم الدلالة على شمول الاسم للجميع ، و انه افرد بالذكر لضرب من التعظيم او التأكيد كقوله تعالى « من كان عدوا لله و ملائكته و رسله و جبريل و ميكال » فأفردهما بالذكر تعظيما لشأنهما مع كونهما من جملة الملائكة . الا ان الأظهر ان المعطوف غير المعطوف عليه الا ان تقوم الدلالة على انه من جنسه . فاقتضى عطف اهل الكتاب على المشركين ان يكونوا غيرهم و ان يكون التحريم مقصورا على عبدة الأوثان من المشركين ؛ و الوجه الآخر : انه لو كان عموما فى الجميع لوجب ان يكون مرتبا على قوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » و ان لا تنسخ احدهما بالأخرى ما امكن استعمالها ، فان قيل : قوله =

= « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » انما اراد به اللاتى اسلمن من اهل الكتاب كقوله تعالى « و ان من اهل الكتاب لمن يؤمن بالله و ما انزل اليكم » وقوله « و ان من اهل الكتاب امة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل و هم يسجدون » ، قيل له : هذا خلف من القول دال على غباوة قائله و المحتج به ، و ذلك من وجهين ، احدهما : ان هذا الاسم اذا اطلق فانما يتناول الكفار منهم كقوله تعالى « من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد و هم صاغرون » وقوله تعالى « و من اهل الكتاب من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك » و ما جرى مجرى ذلك من الألفاظ المطلقة فانما يتناول اليهود و النصارى ، و لا يعقل به من كان من اهل الكتاب فأسلم الا بتقييد ذكر الايمان . ألا ترى ان الله تعالى لما اراد به من اسلم منهم ذكر الاسلام مع ذكره انهم من اهل الكتاب فقال « ليسوا سواء من اهل الكتاب امة قائمة » « و ان من اهل الكتاب من يؤمن بالله و اليوم الآخر » ؛ و الوجه الآخر : انه ذكر فى الآية المؤمنات و قد انتظم ذكر المؤمنات اللاتى كنّ من اهل الكتاب فأسلمن و من كن مؤمنات فى الأصل لأنه قال « و المحصنات من المؤمنات و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » فكيف يجوز أن يكون مراده بالمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من المؤمنات المبدوء بذكرهن؟! و ربما احتج بعض القائلين بهذه المقالة بما روى عن على بن ابى طلحة قال : اراد كعب بن مالك ان يتزوج امرأة من اهل الكتاب فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه وقال : انها لا تحصنك ؛ قال : فظاهر النهى يقتضى الفساد ، فيقال : ان هذا الحديث مقطوع من هذا الطريق و لا يجوز الاعتراض بمثله على القرآن فى ايجاب نسخه و لا تخصيصه ، و ان ثبت فجائز ان يكون على وجه الكراهة كما روى عن عمر من كراهته لحذيفة تزويج اليهودية لا على وجه التحريم ، و يدل عليه قوله : انها لا تحصنك ؛ و نفى التحصين غير موجب لفساد النكاح لأن الصغيرة لا تحصنه . وكذلك الأمة . و يجوز نكاحهما - انتهى . و بهذا يدخل ايضا على ما فى فيض البارى من الاعتذار عن قول =

= ابن عمر رضى الله عنهما ، و على ما فى المحلى من مزعوماته ؛ و قد اطال الكلامَ الجصاصُ فى هذا المقام اطالة حسنة نقلت منها نصفه و قد بقى نصف الكلام فراجع احكام القرآن له - هذا ، ثم القى عليك مقالة اخرى من الجصاص فى جواز نكاح الأمة الكتابية المناسبة بهذا المقام من الكتاب فاسمع منى تفدك فى مواضع و لا يجزع قلبك من طولها :

قال ابو بكر : اختلف اهل العلم فى نكاح الأمة الكتابية ، فروى عن الحسن و مجاهد و سعيد بن عبد العزيز و ابى بكر بن عبيد الله بن ابى مريم كراهــة ذلك ، و هو قول الثورى ؛ و قال ابو ميسرة فى آخرين : يجوز نكاحها ، و هو قول ابى حنيفة و ابى يوسف و محمد و زفر ، و روى عن ابى يوسف انه كرهه اذا كان مولاهـا كافرا و النكاح جائز ، و يشبه ان يكون ذهب الى ان ولدها يكون عبدا لمولاها و هو مسلم باسلام الأب ، كما يكره بيع العبـد المسلم من الكافر ؛ و قال مالك و الأوزاعى و الشافعى و الليث بن سعد : لا يجوز النكاح ؛ و الدليل على جوازه جميع ما ذكرنا من عموم الآى فى الباب الذى قبله الموجبة لجواز نكاح الأمة مع وجود طول الحرة ، و دلالتها على جواز نكاح الأمة الكتابية كهى على اباحة نكاح المسلمة ، و ممـا يختص منها بالدلالة على هذه المسألة قوله عز و جـل « و المحصنـات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » و روى جرير عن ليث عن مجاهد فى قوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » قال : العفائف ، و روى هشيم عن مطرف عن الشعبى « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » قال : احصانها ان تغتسل من الجنابـة و تحصن فرجهـا من الزنا ؛ فثبت بذلك ان اسم الاحصان قد يتناول الكتابية ، قال تعالى « و المحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانـكم » فاستثنى ملك اليمين من المحصنات فدل على ان الاسم يقع عليهن ، لو لا ذلك لما استثناهن ، و قال تعالى « فاذا أُحصنّ فان اتين بفاحشة » فأطلق اسم الاحصان فى هذا الموضع على الاماء ، و لما ثبت ان اسم « المحصنات » =

= يقع على الكتابيات من الحرائر و الاماء، و اطلق الله نكاح الكتابيات المحصنات بقوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » كان عاما فى الحرائر و الاماء منهن ،فان احتجوا بقوله « و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » و كانت هـذه مشركة ، و قال فى آية اخرى « و من لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » فكانت اباحة نكاح الاماء مقصورة على المسلمات منهن دون الكتابيات وجب ان يكون نكاح الاماء الكتابيات باقيا على حكم الحظر ؛ قيل له : اطلاق اسم « المشركات » لايتناول الكتابيات ، و انما يقع على عبدة الأوثان دون غيرهم لأن الله تعالى قد فرق بينهما فى قوله « لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب و المشركين منفكين » فعطف المشركين على اهل الكتاب ، و هذا يدل على ان اطلاق الاسم انما يتناول عبدة الأوثان دون غيرهم فلم يعم الكتابيات . فغير جائز الاعتراض به فى حظر نكاح الاماء الكتابيات ؛ و ايضا فلا خلاف بين فقهاء الأمصار ان قوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » قاض على قوله « و لا تنكحوا المشركات » و ذلك لأنهم لا يختلفون فى جواز نكاح الحرائر الكتابيات . فليس يخلو حينئذ قوله « و لا تنكحوا المشركات » من ان يكون عاما فى اطلاقه للكتابيات و الوثنيات . او ان يكون اطلاقه مقصورا على الوثنيات دون الكتابيات . فان كان الاطلاق انما يتناول الوثنيات دون الكتابيات فالسؤال عنا ساقط فيه اذ ليس بناف فيه نكاح الكتابيات و ان كان الاطلاق ينتظم الصنفين جميعا ، لو حملا على ظاهره فقد اتفقوا انه مرتب على قوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » لاتفاق الجميع على استعماله معه فى الحرائر منهن ؛ و اذا كان كذلك لم يخل من ان تكون الآيتان نزلتا معا او ان تكون اباحة نكاح الكتابيات متأخرة عن حظر نكاح المشركات . او ان يكون حظر نكاح المشركات متأخرا عن اباحة نكاح الكتابيات ، فان كانتا نزلتا معا فهما مستعملتان جميعا على جهة ترتيب حظر نكاح المشركات على =

اباحة

= اباحة نكاح الكتابيات ، او ان يكون نكاح الكتابيات نازلا بعده فيكون مستعملا ايضا ، او ان يكون حظر نكاح المشركات متأخرا عن اباحة نكاح الكتابيات فان كان كذلك فانه ورد مرتبا على اباحة نكاح الكتابيات ، فالاباحة مستعملة فى الأحوال كلها كيف تصرفت الحال ؛ و على انه لا خلاف ان قوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » نزل بعد تحريمه نكاح المشركات لأن آية تحريم نكاح المشركات فى سورة البقرة و اباحة نكاح الكتابيات فى سورة المائدة و هى نزلت بعدها فهى قاضية على تحريم المشركات ان كان اطلاق اسم المشركات يتناول الكتابيات ؛ ثم لما لم تفرق الآية المبيحة نكاح الكتابيات بين الحرائر منهن و بين الاماء و اقتضى عمومها الفريقين منهن وجب استعمالها فيهما جميعا ، و ان لا يعترض بتحريم نكاح المشركات عليهن . كما لم يجز الاعتراض به على الحرائر منهن ؟ و اما تخصيص الله تعالى المؤمنات من الاماء فى قوله « من فتياتكم المؤمنات » فقد بينا فى المسألة المتقدمة ان التخصيص بالذكر لا يدل على ان ما عدا المخصوص حكمه بخلافه ؟ فان قيل : لا يصح الاحتجاج بقوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » فى اباحة النكاح و ذلك لأن الاحصان اسم مشترك يتناول معانى مختلفة و ليس بعموم فيجرى على مقتضى لفظه بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان ، فما ورد به البيان من توقيف او اتفاق صرنا اليه . و كان حكم الآية مقصورا عليه . و ما لم يرد به البيان فهو على اجماله لا يصح الاحتجاج بعمومه . فلما اتفق الجميع على ان الحرائر من الكتابيات مرادات استعملنا حكم الآية فيهن ، و لما لم تقم الدلالة على ارادة الاماء الكتابيات احتجنا فى اثباتها الى دليل من غيرها ؟ قيل له : لما روى عن جماعة من السلف فى قوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » انهن العفائف منهن اذ كان اسم الاحصان يقع على العفة وجب اعتبار عموم اللفظ فى جميع العفائف ، اذ قد ثبت ان العفة مرادة بهذا الاحصان . و ما عدا ذلك من ضروب الاحصان لم تقم الدلالة =

= على انها مرادة. و قد اتفقوا على انه ليس من شرط هذا الاحصان استكمال شرائطه كلها فما و قع عليه الاسم، و اتفق الجميع على انه مراد اثبتناه، و ما عداه يحتاج مثبته شرطا في الاباحة الى دلالة؛ فان قيل: اسم الاحصان يقع على الحرية فما انكرت ان يكون المراد بقوله «و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم» الحرائر منهن؛ قيل له: لما كان معلوما انه لم يرد بذكر الاحصان في هذا الموضع استيفاء شرائطه لم يجز لأحد ان يقتصر بمعنى الاحصان فيه على بعض ما يقع عليه الاسم دون بعض، بل اذا تناوله الاسم من وجه وجب اعتبار عمومه فيه، فلما كانت الأمة قد يتناولها اسم الاحصان على الاطلاق في بعض الوجوه من طريق العفة او غيرها جاز اعتبار عموم اللفظ فيه. و اذا جاز لك ان تقتصر باسم الاحصان على الحرية دون غيرها فجائز لغيرك ان يقتصر به على العفاف دون غيره؛ و غير جائز لنا اجمال حكم اللفظ مع امكان استعماله على العموم. و قد اطلق الله اسم الاحصان على الأمة فقال تعالى «فاذا أحصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب» فقال بعضهم: اراد: فاذا اسلمن. و قال بعضهم: فاذا تزوجن؛ فكان اعتبار هذا العموم سائغا في ايجاب الحد عليهن، و قد قال في الآية «و المحصنات من المؤمنات» و لم يرد به حصول جميع شرائط الاحصان و انما اراد به العفائف منهن، و حرم ذوات الأزواج بقوله «و المحصنات من النسآء الا ما ملكت أيمانكم» فكان عموما في تحريم ذوات الأزواج الا ما استثناهن، فكذلك قوله «و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم» لا يمنع ذكر الاحصان فيه من اعتبار عمومه فيمن يقع عليه الاسم من جهة العفاف على ما روى عن السلف، و من جهة النظر انه لا خلاف بين الفقهاء في اباحة وطئ الأمة الكتابية بملك اليمين، و كل من جاز وطؤها بملك اليمين جاز وطؤها بملك النكاح على الوجه الذي يجوز عليه نكاح الحرة المنفردة؛ ألا ترى ان المسلمة لما جاز وطؤها بملك اليمين جاز وطؤها بالنكاح، و ان الأخت من الرضاعة و ام المرأة و حليلة الابن =

و قال أهل المدينة : لا يحل لحر مسلم و لا لعبد مسلم نكاح الاماء من أهل الكتاب

= و مانكح الآباء لما لم يجز وطؤهن بملك اليمين حرم وطؤهن بالنكاح ، فلما اتفق الجميع على جواز وطئ الأمة الكتابية بملك اليمين وجب جواز وطئها بالنكاح على الوجه الذى يجوز فيه وطؤ الحرة المنفردة ؛ فان قيل : قد يجوز وطؤ الأمة الكتابية بملك اليمين و لا يجوز بالنكاح كما اذا كانت تحته حرة ؛ قيل : لم نجعل ما ذكرنا علة لجواز نكاحها فى سائر الأحوال و انما جعلناه علة لجواز نكاحها منفردة غير مجموعة الى غيرها . ألا ترى ان الأمة يجوز وطؤها بملك اليمين و يجوز نكاحها منفردة ! و لو كانت تحته حرة لما جاز نكاحها لأنه لم يجز نكاحها من طريق جمعها الى الحرة ، كما لا يجوز نكاحها لو كانت اختها تحته و هى امة ، فعلتنا صحيحة مستمرة جارية فى معلولاتها غير لازمة عليها ما ذكرت ، اذ كانت منصوبة لجواز نكاحها منفردة غير مجموعة الى غيرها ؛ و الله ولى التوفيق - انتهى ما فى احكام القرآن . و الجصاص اطال الكلام نقضا و ابراما قبله فى باب نكاح الاماء بأزيد منه ، فعليك به فانه مفيد جدا . فان امعنت النظر فيما نقلت لك من الجصاص فى هذا الموضع و اطلت اطالة طويلة وجدت فيها ان ما شغب به ابن حزم فى المحلى فى هذه المسألة قد صار هباء منثورا ، و زحزح بنيان ما بناه عليه من مزعوماته و اطالة لسانه على الأئمة ليس له اساس محكم إلا دعاوى واقيسة واهية لا برهان عليها الا فى زعمه ، و لا شك فى ان علمه اكبر من عقله و قوة استحضاره على مزعوماته ؛ و الله يهدى من يشآء الى صراط مستقيم . و ابن الأئمة المجتهدون و ابن حزم من ابى حنيفة و مالك و الشافعى و احمد و الثورى و الأوزاعى و غيرهم ! فانه لا يساويهم ، و اين الصحابة و الفقهاء منهم رضى الله عنهم و اين ابن حزم ! فانه كالعصفور فى يد الصبى ، و اجتهاده فى مقابلة اجتهاداتهم كالطفل الذى يجادل الكبراء و يصر على ما تحرج و تفوه من لسانه ، غفر الله لنا و له ، و نجانا و اياه بوسيلة شفيع المذنبين و بشفاعة الأئمة المجتهدين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين - آمين ! هذا ، و الله اعلم و هو ولى التوفيق .

لأن الله تعالى إنما أحل من الاماء نكاح المؤمنات منهن [1].

و قال محمد: يكره نكاحهن، فأما أن يكون حراما فليس عندنا بحرام [2]. أرأيتم رجلا نصرانيا حرا أو عبدا تزوج أمة من أهل الكتاب

(١) اى فى قوله «و من لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات» الآية، فالآية اباحت نكاح الاماء المؤمنات عند عدم الطول الى الحرائر المؤمنات فانه تعالى قيد الفتيات بالمؤمنات. قال الجصاص: لكن ليس فيها حظر لغيرهن لأن تخصيص هذه الحال بذكر الاباحة فيها لا يدل على حظر ما عداها، كقوله تعالى «و لا تقتلوا اولادكم خشية إملاق» لا دلالة فيه على اباحة القتل عند زوال هذه الحال، و قوله تعالى «و لا تأكلوا الربوا اضعافا مضاعفة» لا يدل على اباحته اذا لم يكن اضعافا مضاعفة، و قوله تعالى «و من يدع مع الله الها آخر لا برهان له به» ليس بدلالة على ان احدنا يجوز ان يقوم له على صحة القول بأن مع الله الها آخر! تعالى الله عن ذلك؛ و قد بينا ذلك فى اصول الفقه؛ فاذا ليس فى قوله تعالى «و من لم يستطع منكم طولا» الآية، الا اباحة نكاح الاماء لمن كانت هذه حاله، و لا دلالة فيه على حكم من وجد طولا الى الحرة لا بحظر و لا اباحة - اه. فالاستدلال بهذه الآية على منع غير المؤمنات من الاماء غير تام و لا تنتهض بها الحجة.

(٢) قال الامام محمد رحمه الله تعالى فى كتاب الآثار باب من تزوج اليهودية او النصرانية انها لا تحصن: محمد قال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال: لا بأس بنكاح اليهودية و النصرانية على الحرة؛ قال محمد: و به نأخذ، و هو قول ابى حنيفة؛ محمد قال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن حذيفة بن اليمان رضى الله عنه انه تزوج يهودية بالمدائن فكتب اليه عمر بن الخطاب ان: خل سبيلها، فكتب اليه: أحرام هى يا امير المؤمنين؟ فكتب اليه: اعزم عليك ان لا تضع كتابى حتى تخلى سبيلها فانى اخاف ان يقتدى بك المسلمون فيختاروا نساء اهل الذمة لجمالهن و كفى بذلك فتنة =

أليس

أليس النكاح جائزا ؟ قالوا : بلى[١] . قيل لهم : فان أسلم بعد ذلك أ تبين

= لنساء المسلمين ؟ قال محمد : و به نأخذ ، لا نراه حراما و لكنا نرى ان يختار عليهن نساء المسلمين ، و هو قول ابي حنيفة ؟ محمد قال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : لا يحصن المسلم باليهودية و لا بالنصرانية ، و لا يحصن الا بالحرة المسلمة ؟ قال محمد : و به نأخذ و هو قول ابي حنيفة رحمه الله - انتهى . و تذكر ما مضى من التفصيل فى الباب من احكام القرآن و ما مضى مفصلا من رد المحتار ، و لم يقم دليل بعد على تحريمه ، و الآية التى استدلوا بها قد عرفت حالها ليست بنص قاطع فى المطلوب - كما لا يخفى ؟ و الاحصان العفة و الحرية ؟ و الآية « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » شاملة لجميع الكتابيات امة كانت او حرة ؟ و سيأتى المزيد لذلك - ان شاء الله تعالى .

(١) فى الموطأ مع الزرقانى : (قال مالك : لا يحل نكاح امة يهودية و لا نصرانية لأن الله تبارك و تعالى يقول فى كتابه : و المحصنات) الحرائر (من المؤمنات و المحصنات) الحرائر (من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم) حل لكم ان تنكحوهن (فهن الحرائر من اليهوديات و النصرانيات) فالمراد بالكتاب التوراة و الانجيل ، لا المجوس و ان كان لهم شبهة كتاب اذ لا كتاب بأيديهم ، و كذا من تمسك بصحف شيث و ادريس و ابراهيم و زبور داود لأنها لم تنزل بنظم يدرس و انما اوحى اليهم معانيها ، او انها لم تتضمن احكاما و شرائع بل كانت حكم و مواعظ ، (و قال الله تبارك و تعالى : و من لم يستطع منكم طولا) غنى (ان ينكح المحصنات) الحرائر (المؤمنات) او الكتابيات بدليل « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » فالوصف جرى على الغالب فلا مفهوم له (فمن ما ملكت أيمانكم) تنكح (من فتياتكم المؤمنات ؟ فهن) اى الفتيات (الاماء المؤمنات فانما احل الله فيما نرى نكاح الاماء المؤمنات) لمن لم يجد طولا و خاف العنت (و لم يحلل نكاح اماء اهل الكتاب اليهودية و النصرانية) و الاستدلال فى غاية الجودة و الظهور - انتهى . و راجع لذلك الأبواب المتعددة =

من زوجها حين أسلم[1] أو يكونان على نكاحهما[2]، فان زعمتم أنها تبين فبأى شيء بانت[3] و قد كان أصل النكاح جائزا؟! و لا ينبغى فى قولكم أن تبين حتى يعرض عليها الاسلام[4] و قد قلتم أن الله عز و جل أحل نكاح الحرائر من أهل الكتاب و حرم نكاح الاماء[5]! قالوا: لأن الله تعالى يقول

= من المدونة من باب نكاح اهل الشرك و اهل الذمة و طلاقهم، و باب المجوسى يسلم و تحته امرأة و ابنتها او تحته عشر نسوة، و باب نكاح نساء اهل الكتاب و امائهن و باب فى نكاح المشركين و اهل الكتاب و اسلام احد الزوجين و السبي و الارتداد فان فيها من الجزئيات الكثيرة تدل على ان نكاح اهل الكتاب فيما بينهم جائز، و لا تبين بعد الاسلام حتى يعرض على الآخر الاسلام.

(١) يعنى لا تبين حتى يعرض على الآخر الاسلام و تبقى فى عصمته و نكاحه.

(٢) يعنى يبقيان على نكاحهما الى العرض.

(٣) فى الأصول «فأى شيء بانت»، و الصحيح «فبأى شيء بانت». قال بعض من علق على الكتاب: اى ما علة لفراقها لأن الاسلام ليس لرفع النعمة، و اما إختلاف الدين فما جاءت منها، و ما جاء من الرجل فهو طلاق يقتضى صحة النكاح، و الفسخ هو ما يكون فى اصل النكاح كالحرمة الأصلية كما كانت ابنة زوجته او بعض ما تحدثه المرأة، كتمكين ابن الزوج او الارتداد، و اما ان كانت هى مجوسية فنقول: يعرض عليها الاسلام فان اسلمت فبها، و ان ابت بانت لأنها فعلت فعلا بنفسها و ذلك علة الفراق - اه.

(٤) فان بقيت تحته ساعة ثبت النكاح، و هذا هو المقصود - قاله المعلق. و راجع ج ٢ ص ٢١٣ من المدونة فى نكاح المشركين و اهل الكتاب ففيها: انهما على نكاحهما حتى يعرض على غير المسلم الاسلام فان اسلم فبها و الا فرق بينهما.

(٥) فى الأصول «نكاح الأمة» بالافراد، و المناسب للمقام و الأليق به «الاماء» بالجمع لتقابل «الحرائر»، و فى الموطأ بالجمع كما علمت فيما قبل. و راجع ج ٢ ص ٢١٦ من باب نكاح نساء اهل الكتاب و امائهن من المدونة.

« و المحصنات من الذين أُوتوا الكتاب من قبلكم »[1] و إنما أحل المحصنات، و المحصنات الحرائر[2]. قيل لهم: فهل سمى تحريم الاماء فى كتابه[3]؟! قالوا:

(١) قد تقدم التفصيل فى ذلك فيما نقلناه من احكام القرآن للجصاص، وقد عرفت فيما تقدم ان مجاهدا قال: المراد بالمحصنات العفائف؛ وقال الشعبي: احصانها ان تغتسل من الجنابة و تحصن فرجها من الزنا؛ فعلم من ذلك ان اسم الاحصان قد يتناول الكتابيات، قال الله عز و جل « و المحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم » الآية؛ فاستثنى ملك اليمين من المحصنات فدل ان الاسم يقع عليهن، و لولا ذلك لما استثناهن، و قال تعالى « فاذا احصن فان اتين بفاحشة » الآية، فأطلق اسم الاحصان فى هذا الموضع على الاماء، و لما ثبت ان اسم المحصنات يقع على الحرائر و الاماء و اطلق الله نكاح الكتابيات المحصنات بقوله « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » كان عاما يشتمل الحرائر و الاماء منهن؛ و الاحصان العفة و الحرية، و كلا المعنيين فى التنزيل، قال الله تعالى « و مريم ابنة عمران التى احصنت فرجها » اى عفت فرجها، فالتخصيص فى قوله تعالى « و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » بالحرائر دون العفائف من الاماء من غير دليل - كما لا يخفى.

(٢) هذا تخصيص بلا برهان و بلا مرجح، فان الآية عامة فى الحرة و الأمة، و الاحصان شامل بكلتيهما - كما عرفت؛ و لأن المسكوت لا يصلح دليلا عندنا، و الأصل عندهم القول بنفى الحكم لنفى الوصف، و لا يستقيم عندنا - كما فى الأصول.

(٣) بل لم يحرم نكاح الأمة الكتابية لدخولها فى المحصنات، و قد قال تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع » لم يخص منه الاماء، فالكتاب بعمومه ناطق على جواز نكاح الاماء، و ساكت بعد نفى الوصف، و المسكوت لا يعارض المنطوق - كذا قيل.

لا [١] ، و لكنه أحل المحصنات فعلمنا أن غيرهن حرام [٢] . قيل لهم : ليس هذا لكم بحجة [٣] ، إذا أحل المحصنات منهن فليس هذا بدليل على تحريم الاماء ، و لكن يكره تزويج الاماء للولد لأنه يكون مسلما للكافر فلا ينبغي هذا [٤] ؛

---

(١) فكيف حرمتم نكاح الاماء وخصصتم الحرائر من المحصنات دون العفائف .

(٢) هذا ظن و تخمين لا يسمن و لا يغنى من جوع ، و الاحصان يشمل الحرية و العفة بحكم التنزيل ، كما فى قوله تعالى « و مريم ابنة عمران التى احصنت فرجها » اى عفت فرجها - كما سبق ؛ و اباحة نكاح الفتيات المؤمنات لا تحرم الكتابية لأنه ليس فيها منع نكاح .

(٣) و كان فى الأصول « هذا لكم ليس بحجة » و الصواب « ليس هذا لكم بحجه » و لعل كلمة « ليس » كانت بالهامش من تروك الأصل فأدرجها الناسخ فى غير مقامها ، و ما ادرجناه فى المتن هو الصواب .

(٤) فى الدر المختار : وصح نكاح كتابية و ان كره تنزيها - اه . قوله : « كتابة » ؛ اطلقه فشمل الحربية و الذمية و الحرة و الأمة - ح عن البحر ؛ قوله : و ان كره تنزيها ؛ اى سواء كانت ذمية او حربية ، فان صاحب البحر استظهر ان الكراهة فى الكتابية الحربية تنزيهية فالذمية اولى - اه ح ؛ قلت : علل ذلك فى البحر بأن التحريمة لا بد لها من نهى او ما فى معناه لأنها فى رتبة الواجب - اه ؛ وفيه ان اطلاقهم الكراهة فى الحربية يفيد انها تحريمية ، و الدليل عند المجتهد على ان التعليل يفيد ذلك ، ففى الفتح : و يجوز تزوج الكتابيات ، و الأولى ان لا يفعل و لا يأكل ذبيحتهم الا لضرورة ، و تكره الكتابية الحربية اجماعا لافتتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعى للقام معها فى دار الحرب و تعرض الولد على التخلق بأخلاق اهل الكفر ، و على الرق بأن تسبى و هى حبلى فيولد رقيقا و ان كان مسلما - اه ؛ فقوله : و الأولى ان لا يفعل ؛ يفيد كراهة التنزيه فى غير الحربية ، و ما بعده يفيد كراهة التحريم فى الحربية - تأمل : قاله العلامة السيد ابن عابدين فى رد المحتار .

و هكذا

و هكذا قالت الفقهاء قبلنا كرهوا ذلك[1]، فأما ان يكونوا رأوه حراما فلم يروه حراما[2] .

باب الرجل يدخل دار الحرب[3] فيتزوج بها

محمد قال: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: أكره للرجل إذا دخل بأمان أرض الحرب أن يتزوج بامرأة منهن من أهل الكتاب كراهة النسل و أن يبقى ولده بأرض الحرب[4]. و قال أهل المدينة: إذا كان المسلمون

(١) ظاهر كلام الامام محمد يدل على ان الكراهة عنده تنزيهية، لا تحريمية فانها قريبة من الحرام، و قد قال بعده فلم يروه حراما، و المراد بالفقهاء حماد بن ابى سليمان و ابراهيم النخعى و علقمة بن قيس و الأسود بن يزيد و سويد بن غفلة و غيرهم من اصحاب على و ابن مسعود رضى الله عنهما .

(٢) لأنه لم يرد فى المنع و الحرمة نص صحيح صريح فى ذلك، و لا بد له من ورود ذلك؛ و ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه و الزهرى و غيرهما كما رواه عنهم ابن حزم فى المحلى من المنع فى المشركة الوثنية، فلا ورود على الذى يجوز نكاح الأمة الكتابية، و قد روى ابن ابى شيبة بسند صحيح عن ابى ميسرة هو الهمدانى قال: اماء اهل الكتاب بمنزلة حرائرهم - اه. و راجع ذلك الباب من الجوهر النقى ص ١٧٧ من باب لا يحل نكاح كتابية لمسلم بحال، فقد افاد فيه و اجاد؛ و بينت محمل حديث ابن عمر رضى الله عنهما فيما قبل فتذكره .

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «بدار الحرب» .

(٤) فى باب نكاح اهل الحرب من مبسوط السرخسى: قال رضى الله عنه: بلغنا عن على بن ابى طالب رضى الله عنه انه سئل عن مناكحة اهل الحرب من اهل الكتاب فكره ذلك، و به نأخذ فنقول: يجوز للمسلم ان يتزوج كتابية فى دار الحرب و لكنه يكره لأنه اذا تزوجها ثمه ربما يختار المقام فيهم، و قال صلى الله عليه و سلم =

= « انا برئ من كل مسلم مع مشرك لا ترا آى ناراهما » و لأن فيه تعريض ولده للرق فربما تحبل منه فتسبي فيتصير ما فى بطنها رقيقا و ان كان مسلما . و اذا ولدت تخلق الولد بأخلاق الكفار و فيه بعض الفتنة فيكره لهذا ، فان خرج و تركها فى دار الحرب وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين حقيقة و حكما فانها من اهل دار الحرب و الزوج من اهل دار الاسلام ، و تباين الدارين بهذه الصفة موجب للفرقة عندنا ، و عند الشافعى رحمه الله لا يكون موجبا للفرقة حتى اذا اسلم احد الزوجين و خرج الى دارنا . فان كانت المرأة هى التى خرجت مراغمة و قعت الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين ، و عنده للقصد الى المراغمة و الاستيلاء على حق الزوج ، فان خرجت غير مراغمة لزوجها او خرج الزوج مسلما او ذميا تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا ، و لا تقع عند الشافعى رحمه الله تعالى ، و استدل بحديث ابى سفيان رضى الله عنه فانه اسلم بمر الظهران فى معسكر رسول الله صلى الله عليه و سلم ثم لم يجدد رسول الله صلى الله عليه و سلم النكاح بينه و بين امرأته هند ، و لما فتح رسول الله صلى الله عليه و سلم مكة هرب عكرمة بن ابى جهل و حكيم ابن حزام رضى الله عنهما حتى اسلمت امرأة كل واحد منهما و اخذت الأمان لزوجها و ذهبت فجاءت بزوجها و لم يجدد رسول الله صلى الله عليه و سلم النكاح بينهما ، و ان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و سلم هاجرت الى المدينة ثم تبعها ابو العاص بعد سنين فردها عليه بالنكاح الأول ؛ و المعنى فيه ان اختلاف الدار عبارة عن تباين الولايات و ذلك لا يوجب ارتفاع النكاح ، كاختلاف الولايتين فى دار الاسلام ، ألا ترى ان الحربي لو خرج الينا مستأمنا او المسلم دخل دار الحرب بأمان لم تقع الفرقة بينه و بين امرأته ! و كذلك الخارج من مصر اهل العدل الى منعة اهل البغى لا تقع الفرقة بينه و بين امرأته ؟ و اصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بقوله تعالى « يا ايها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات » الى قوله « فلا ترجعوهن الى الكفار » الآية ، و ليس فى هذه الآية بيان قصد المراغمة فاشتراطه يكون زيادة على النص ، و قال الله تعالى =

يتركون[١] إذا نكحوهن أن يخرجوا بهن و بأولادهن إلى أرض الاسلام

= « و لا تمسكوا بعصم الكوافر » و الكوافر جمع كافرة ، معناه لا تعدوا من خلفتموه في دار الحرب من نسائكم . و لما اراد عمر رضى الله عنه ان يهاجر الى المدينة نادى بمكة : الا ! من اراد ان تئيم امرأته منه او تبين فليلتحق بي - اى فليصحبني في الهجرة ؛ و المعنى فيه ان من بقي في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ، قال الله تعالى « او من كان ميتا فأحييناه » اى كافرا فرزقناه الهدى ، ألا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب يجعل كالميت حتى يقسم ما له بين ورثته ! فكما لا تتحقق عصمة النكاح بين الحي و الميت ، فكذلك لا تتحقق عند تباين الدارين حقيقة و حكما ، فأما اذا خرج الينا بأمان فتباين الدارين لم يوجد حكما لأنه من اهل دار الحرب متمكن من الرجوع اليها ، و كذلك اذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فهو من اهل دار الاسلام حكما ، و منعة اهل البغي من جملة دار الاسلام و من فيها لا يجعل بمنزلة الميت ، و الدليل عليه انه ما خرج الا قاصدا احراز نفسه من المشركين فلا يعتبر مع ذلك القصد الى المراغمة ، و كان خروجها على سبيل المراغمة لزوجها وقعت الفرقة بالاتفاق ؛ فأما حديث زينب رضى الله عنها فالصحيح انه ردها عليه بالنكاح الجديد ، و ما روى انه ردها عليه بالنكاح الأول اى بحرمة النكاح الأول ، ألا ترى انه ردها عليه بعد سنين و العدة تنقض في مثل هذه المدة عادة ! و قد روى ان الكفار تبعوها و ضربوها حتى اسقطت فانقضت عدتها بذلك ، و عند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لا تقع الفرقة بتباين الدارين تقع بانقضاء العدة ؛ و اما اسلام ابي سفيان فالصحيح انه لم يحسن اسلامه يومئذ ، انما اجاره رسول الله صلى الله عليه و سلم بشفاعة عمه العباس رضى الله عنه ، و عكرمة و حكيم بن حزام انما هربا الى الساحل و كانت من حدود مكة فلم يوجد تباين الدارين ؛ و قال الزهري : ان دار الاسلام انما تميزت من دار الحرب بعد فتح مكة ، فلم يوجد تباين الدارين يومئذ فلهذا لم يجدد النكاح بينهما - اه . ج ٥ ص ٥٠ - ٥٢ .

(١) في المدونة ؛ قلت : أرأيت لو ان نصرانيين في دار الحرب زوجين اسلم الزوج =

= و لم تسلم المرأة ؟ قال: هما على نكاحهما فى رأيى. الا انى قد اخبرتك ان مالكا كره نكاح نساء اهل الحرب للولد و هذا اكره له ان يطأها بعد الاسلام فى دار الحرب خوفا من ان تلد ولدا فيكون على دين الأم . قلت : ما قول مالك فى نكاح نساء اهل الحرب ؟ قال : بلغنى عن مالك انه كرهه و قال : يدع ولده فى ارض الشرك ثم يتنصر او ينصر فلا يعجبنى ؛ قلت : فيفسخ نكاحها ؟ قال : انما بلغنى عن مالك انه كرهه و لا ادرى هل يفسخ ام لا ، و انا ارى ان يطلقها و لا يقيم عليها من غير قضاء ؛ ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب قال: قد احل الله نساء اهل الكتاب و طعامهم غير انه لا يحل للسلم ان يقدم على اهل الحرب من المشركين لكى يتزوج فيهم او يلبث بين اظهرهم ؛ قلت : أ فكان مالك يكره نكاح نساء اهل الذمة ؟ قال : قال مالك : اكره نكاح نساء اهل الكتاب اليهودية و النصرانية ؛ قال : و ما احرمه . و ذلك انها تأكل الخنزير و تشرب الخمر و يضاجعها و يقبلها و ذلك فى فيها و تلد منه اولادا ، فتغذى ولدها على دينها و تطعمه الحرام و تسقيه الخمر - انتهى . و ظاهره ان مالكا رحمه الله تعالى موافق لنا فى ذلك فانه كره ذلك و لم يحرم النكاح - كما قال الامام محمد ؛ و ما ذكره من المسألة هو قول غير مالك من اهل المدينة ؛ و راجع ثلاثة ابواب من المدونة فى نكاح المشركين و اهل الكتاب ، و باب نكاح نساء اهل الكتاب و امائهن ، و نكاح اهل الشرك و اهل الذمة و طلاقهم ؛ و قوله « يتركون » فعل ما لم يسم فاعله ، اى لا يتعرض اهل الحرب بالمسلمين بسبب نكاحهم نساء اهل الحرب و لا يمنعونهم عن اخراج الأزواج و الأولاد الى دار الاسلام ، و لا يحبسونهم فى دار الحرب ، و لا يحكمونهم بالقيام بها و عدم الخروج عنها ، بل المسلمون مختارون فى ذلك ، فلو حبسوهم و منعوهم عن الخروج بهم فلا يجوز للسلمين ان ينكحوا نساء اهل الحرب .

و لا يحبسون فلا بأس بذلك. فان خافوا الحبس[١] فلا ينبغى للسلمين أن يتركوا ذراريهم فى أرض الكفر .

و قال محمد : ليس ينبغى[٢] نكاحهن و إن رجا المسلمون إخراجهن من دار الحرب لأنهم على غير ثقة من ذلك[٣]، و لكن إن تزوجوا فالنكاح

(١) اى من اهل الحرب .

(٢) اى يكره تنزيها ، و لا يستحب ، و هو يستعمل بمعنى الأعم الشامل لعدم الاستحباب و الكراهة التنزيهية و التحريمية وعدم الجواز وعدم الوجوب عند المتقدمين من اصحابنا ؛ قال العلامة ابن عابدين الشامى فى كتاب الجهاد من رد المحتار : المشهور عند المتأخرين استعمال « ينبغى » بمعنى يندب ، و « لا ينبغى » بمعنى يكره تنزيها ، و ان كان فى عرف المتقدمين استعماله فى اعم من ذلك . و هو فى القرآن كثير ، كقوله تعالى « ما كان ينبغى لنا ان نتخذ من دونك من اولياء » ؛ و قال فى المصباح : ينبغى ان يكون كذا و كذا ، معناه يجب او يندب بحسب ما فيه من الطلب - اه و فى بيان آداب الامام محمد رحمه الله تعالى من التعليق الممجد على موطأ محمد : و منها انه كثيرا ما يقول « ينبغى كذا ، كذا » فلا تفهم منه نظرا الى استعمالات المتأخرين ان كل امر صدره به مستحب ليس بسنة و لا واجب فان هذه اللفظة تستعمل فى عرف القدماء فى المعنى الأعم الشامل للسنة المؤكدة و الواجب ، ، من ثم لما قال القدورى فى مختصره : ينبغى للناس ان يلتمسوا الهلال فى اليوم التاسع و العشرين اى من شعبان . فسره ابن الهمام بقوله : اى يجب عليهم ، و هو واجب على الكفاية - انتهى . ثم نقل ما نقلته من رد المحتار . و هنا قرينة على عدم الاستحباب قوله : و لكن ان تزوجوا فالنكاح جائز عندنا - تدبر .

(٣) اى يتركون ام يحبسون او يقدرون على اخراج ذراريهم من دار الكفر الى دار الاسلام ام لا .

جائز و هو مكروه عندنا[١]، وكذلك[٢] نكاح إماء أهل الكتاب من أهل الحرب فى دار الاسلام فلم نر[٣] بأنكحتهم[٤] بأسا .

باب نكاح العبد

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه: لا يحل للعبد أن يتسرى لأنه لا مال له[٥]، و ليس ينبغى[٦] له أن يطأ فرجا إلا بنكاح[٧]. و قال أهل المدينة:

---

(١) اى ليس بحرام. لأن النص لم يفرق فى الجواز فى دار الاسلام دون دار الحرب، بل اطلق و عم. و قال «و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم» الآية .

(٢) اى مثل الحرائر فى الجواز نكاح اماء اهل الكتاب يجوز من غير فرق بينهن .

(٣) كذا فى الأصول و هو الصحيح . و قيل «لم نر» بدون الفاء .

(٤) فى الأصول «بذبائحهم» و هو خطأ كما لا يخفى، فان المسألة فى نكاح امائهم لا فى ذبائحهم ، و ان كانت ذبيحتهم ايضا بالنص حلال .

(٥) فى مبسوط السرخسى: قال (و لا يحل للعبد أن يتسرى و ان اذن له مولاه) عندنا . و على قول مالك رحمه الله تعالى يحل لأن ملك المتعة يثبت بطريقين إما عقد النكاح او التسرى ، فاذا كان العبد اهلا لملك المتعة بأحد الطريقين و هو النكاح . فكذلك بالطريق الآخر بل اولى لأن ملك المتعة الذى يثبت بالنكاح اقوى مما يثبت بملك اليمين؛ و حجتنا فى ذلك قوله تعالى «و الذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت أيمانهم» . هذه ليست بزوجة له و لا مملوكة له ، و عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال: لا يحل فرج مملوكة الا لمن اذا اعتق او وهب جاز ، و العبد لا يجوز عتقه و لا هبته فلا يحل الفرج له بملك اليمين؛ و هذا لأن العبد مملوك مالا فلا يجوز ان يكون مالكا للمال لما بين المالكية و المملوكية من المنافاة ، و ملك المتعة لا يثبت الا بثبوت سببه ، فاذا كان سببه و هو ملك الرقبة لا يثبت فى حق العبد فكذلك حكمه ، بخلاف النكاح ، و لأن العبد ليس بأهل لملك المال قبل اذن المولى ، =

وطء العبد ما ملكت يمينه مثل الحر، يحل له ما يحل للحر[١] .

= و لاتأثير للاذن فى جعل من ليس بأهل اهلا ، و انما تأثير اذن المولى فى اسقاط حقه عند قيام اهلية العبد فكان ينبغى ان لا يجعل العبد اهلا لملك المتعة اصلا لأن بين المالكية و المملوكية منافاة و لكن الشرع جعله اهلا لملك المتعة بسبب النكاح لضرورة حاجته الى قضاء الشهوة و ابقاء النسل ، و هذه الضرورة ترتفع بثبوت الحل له بالنكاح فلا حاجة هنا الى ان نجعله اهلا لملك المتعة بسبب ملك الرقبة ؛ و كذلك المدبر و المكاتب ، و المستسعى فى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب - اه . و فى المغرب : السرية واحدة السرارى ، فعلية من السر ، و السر الجماع ، او فعولة من السر و السيارة ، و التسرى كالتظنى على الأول ، و على الثانى ظاهر و الأول اشهر - انتهى . و قال فى رد المحتار : سرية نسبة الى السر و هو النكاح ، و التزم ضم السين كضم الدال فى دهرية نسبة الى الدهر ، او الى السرور لحصوله بها ، ط - اه . و فى الدر المختار : و نصفها للعبد و يمنع عليه غير ذلك فلا يحل له التسرى اصلا لأنه لا يملك الا الطلاق - اه .　(٦) معناه لا يحل و لا يجوز و ما فى يده فهو ملك للمولى ، و التوضيح يأتى فى الكتاب .　(٧) كما جاء فى الآثار . فان العبد و ما فى يده مملوك لسيده فلا يقدر على الاعتاق و الهبة و البيع و الشراء ، و كذا التسرى لا يقدر عليه ، و ان اذن له المولى فلا يجوز له الوطء الا بنكاح باذن المولى . و سقطت الألف قبل « لا » من الهندية و هو موجود فى الأصل و لا بد منها - كما لا يخفى .

(١) فى الموطأ مع شرح الزرقانى (مالك انه سمع ربيعة بن ابى عبد الرحمن يقول : ينكح العبد) اى يجوز له ان ينكح (اربع نسوة كالحر ، قال مالك : و هذا احسن ما سمعت فى ذلك) لعموم قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع » و به قال سالم و القاسم و مجاهد و الزهرى وداود ، و قال ابن وهب : لا يجوز له الزيادة على اثنتين كما لا يجوز للحر الزيادة على اربع و كأنه قاسه على طلاقه =

و قال محمد : قال الله تعالى «و الذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت آيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى ورآء ذلك فأولئك هم العادون»[1] و ليس للعبد يمين إنما ملك يمينه لمولاه، و ليس للعبد؛

= و يحتمل بناء الخلاف على الخلاف فى العبد بل هو داخل فى عموم الخطاب ام لا و بالثانى؛ قال ابو حنيفة و الشافعى و عمر و على و عبد الرحمن بن عوف: انه لا ينكح اكثر من ثنتين؛ قال ابو عمر: لا اعلم لهم مخالفا من الصحابة؛ و فى البخارى عن الحكم اجمع الصحابة على ان المملوك لا يجمع من النساء اربعا - انتهى . و راجع ص ١٦١ من المدونة من باب نكاح الخصى و العبد . و فى باب استسرار العبد و المكاتب فى اموالهما و نكاحهما بغير اذن سيدهما ج ٢ ص ١٦٥ من المدونة: قلت: أرأيت المكاتب أيتسرر فى ماله فى قول مالك؟ قال: نعم، و لفظ سألنا مالكا عن العبد يتسرى فى ماله و لا يستأذن سيده؟ قال : نعم ذلك؛ و اخبرنى عبيد الله بن عمر عن نافع ان عبيدا لعبد الله بن عمر كانوا يتسررون فى اموالهم و لايستأذنون فسألت مالكا عن ذلك فقال: لا بأس به - الخ .

(١) قال فى البدائع : و لا يجوز للعبد ان يتسرى و ان اذن مولاه . لأن حل الوطئ لا يثبت الابأحد الملكين ، قال الله تعالى «و الذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت آيمانهم فانهم غير ملومين» و لم يوجد احدهما؛ و روى عن النبي صلى الله عليه و سلم انه قال : لا يتسرى العبد و لايسريه مولاه و لا يملك العبد و لا المكاتب الا الطلاق، و هذا نص - انتهى . فلا يمكن العدول عنه ان ثبت، و لا كلام فى ان العبد بجميع اجزائه مملوك للولى الا ما استثناه النص و الدراية . و فى كتاب الآثار للامام ابى يوسف: قال ثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : لا يتسرى العبد ، ألا ترى الى قول الله تعالى «و الذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت آيمانهم فانهم غير ملومين» فالعبد لا يملك شيئا - اه . و اخرجه الامام محمد ايضا فى الآثار ثم قال: و به نأخذ، و هو قول =

و كذلك

وكذلك قال الله تبارك و تعالى[1] «ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على

= ابي حنيفة . و اخرج البيهقي عن مالك عن نافع عن ابن عمر انه كان يقول: لا يطأ الرجل وليدة الا وليدة ان شاء باعها و ان شاء وهبها و ان شاء صنع بها ما شاء، و قال عن الشافعي فقد رواه عبيد الله بن عمر عن نافع انه كان يقول: لا يحل لرجل ان يطأ فرجا الا فرجا ان شاء وهبه و ان شاء باعه و ان شاء اعتقه؛ و اخرجه محمد في الآثار عن اسمعيل عن سعيد المقبري عن ابن عمر، قال محمد: و به نأخذ، يعني ان المملوك لا يحل له فرج الا بنكاح، و هو قول ابي حنيفة - كذا في التعليق على الآثار و قد خالف هذه الآية ابن حزم في المحلى و تقلد مالكا في ذلك و قال: يجوز للعبد ما يجوز للحر من نكاح الأربع و جواز التسري؛ مع انه من منكرى التقليد. و اذا اختلف السلف فالمرجوع اليه هو القرآن، و القرآن حكم ان العبد لا يملك شيئا «ضرب الله عبدا مملوكا لا يقدر على شيء» و قد قال ابن عمر رضى الله عنهما: لا يحل لرجل ان يطأ فرجا الا فرجا ان شاء وهبه و ان شاء اعتقه و ان شاء باعه؛ و العبد لا يقدر على شيء منها الا اذا اذن له المولى، قال ابن حزم: و اما تسري العبد فان الناس اختلفوا؛ ثم ذكر اثر ابن عمر الذي فيه يرى مماليكه يتسرون و لا ينهاهم، و انت تعلم ان الفعل له محامل و فيه احتمالات، و اذا تعارض القول و الفعل فالترجيح للقول؛ ثم قال: و ما نعلم خلافا في ذلك من تابعي الا رواية غير مشهورة عن ابراهيم و الحكم ابن عتيبة و رواية صحيحة عن ابن سيرين انهم كرهوا للعبد ان يتسرى كراهية لا منعا، و لم يجز ذلك ابو حنيفة و لا الشافعي - اه . و الكراهية في لسان السلف تستعمل في معنى العام حسب المقام. و هنا بمعنى المنع و عدم الجواز، و القول بأن الرواية عنهم غير مشهورة قول لا يرضى به قائله و تحكم بحت ليس عليه اشارة من علم الا الشغب و اطالة اللسان - تدبر .

(١) كذا في الأصل، و في الهندية «قال الله تعالى تبارك و تعالى» بتكرار لفظ =

شيء»؛ أرأيتم لو أعتق جارية أكان يجوز عتقه؟ قالوا: لا. قيل لهم: فلو باع أو وهب و لم يأذن له مولاه فى ذلك أكان يجوز بيعه أو هبته[١]؟ قالوا: لا. قيل لهم: فهذا[٢] يدلكم على أنه لا مال له[٣]؛ أرأيتم إن كان له جارية فلم يطأها أيحل لمولاه أن يأخذها فيطأها؟ قالوا: لا بأس بوطئها[٤]؛ قالوا: إن المولى لم يحل له أن يطأها حتى أخذها. قيل لهم: أرأيتم إن لم يأخذها و لكنه انتهى إليها فوطئها بغير أخذ منه لها أيحرم ذلك عليه؟ قالوا: لا[٥]. قيل لهم: فان لم يطأها أليس للعبد أن يطأها؟ قالوا: بلى. قيل لهم: فان اجتمع العبد و مولاه هل لواحد منهما أن يطأها؟ قالوا: أيهما

═ «تعالى» فابن حزم خالف هذه الآية و اجاز التسرى للعبد، و الله تعالى يقول «لا يقدر على شيء» يعنى ليس له ملك و لذا هو كل على مولاه. و النكرة تحت النفى تفيد العموم؛ و لا يسمع قول احد دون قوله تعالى و رسوله، و الاستدلال على كونه مثل الحر بقوله تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء» فى محل النزاع، و الآية سيقت لبيان احكام الأحرار - كما لا يخفى على ذوى الأفكار.

(١) قوله «او هبته» سقط من الأصول و لا بد منه - كما لا يخفى على اولى النهى يدل على ذلك قوله «باع أو وهب».

(٢) يعنى فهذه الجزئيات التى تعترفون بها ترشدكم الى انه لا مال للعبد الا لمولاه ملكه.

(٣) و الا لجاز عتقه و بيعه و هبته. و لما لم يجز عندكم ايضا ظهر ظهورا بينا انه لا مال له فلا يجوز له التسرى.

(٤) و أنت تعلم ان الوطء فى ملك الغير لا يجوز الا بنكاح او بملك اليمين، و انتم تقولون: لا بأس به! فأين هذا من ذاك.

(٥) و اذا لم يحرم عليه علم انه مالك للجارية و لا دخل للعبد فيها، و ليست الجارية مملوكة للعبد و الا حرم على المولى وطؤها - كما لا يخفى.

سبق[1] حل له أن يطأها، و حرمت على الآخر. قيل لهم: أرأيتم إن قبلها العبد و المولى حاضر أيحل للمولى أن يقبلها بعد ذلك و العبد حاضر[2]؟! فهذا مما لا تجدون بدا أن ترخصوا فيه، لأن الجماع فيه استبراء، و القبلة و نحوها لا استبراء فيه، فلا بأس في قولكم[3] بأن يقبلها هذا مرة و هذا مرة[4]، و يعانقها هذا مرة و هذا مرة[5]، و يجامعها هذا مرة في ما دون الفرج و هذا مرة!! فهذا مما [6]ينبغي أن لا يتكلم[6]؛ مع ما جاء في ذلك من الآثار الكثيرة المعروفة.

أخبرنا محمد قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم[7] رضي الله عنهم

---

(١) قولهم «ايهما سبق» ليس له نظير في الشرع بأن تحل المرأة بالسبق و تحرم بالتأخر و عدم السبق.

(٢) انظر كيف ألزمهم الامام محمد بذكر هذه الجزئيات و أسكتهم! و هم لا يقدرون على جوابه، و ليس لهم دليل على ذلك الا دعوى من غير برهان و حجة.

(٣) الزام آخر. قال بعض المعلقين: اعني لا معنى لقولكم اذا وطأها الأول حرمت على الآخر! لأن الوطء لا يرفع الحلة الثابتة، فاذا كان للمولى حق الاستمتاع منها فكيف يمنعها الوطء من عبد؟ فان قلتم: الاستبراء و شغل الرحم؛ قلنا: فليس في القبلة و اللمس و المباشرة بدون الدخول استبراء و شغل الرحم، فيلزم على هذا ان تفتوا بجوازها للعبد و المولى! و ما هذا الا تعارض و تخالف - اه.

(٤) كذا في الأصل، و في الهندية «هذا مرة و هذا مرة و هذا مرة» مكرر ثلاث مرات.

(٥) كذا في الهندية. و سقط قوله «و يعانقها هذا مرة و هذا مرة» من الأصل - ف.

(٦ - ٦) كذا في الأصل، و في الهندية «لا ينبغي ان يتكلم».

(٧) مضت تراجم رجال هذا الاسناد في ابواب كثيرة. و الأثر اخرجه الامام محمد في كتاب الآثار، ثم قال محمد: و به نأخذ، و هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى.

قال: لا يحل للعبد أن يتسرى[1]، و لا يحل له فرج إلا بنكاح يزوجه مولاه[2].

محمد قال[3]: أخبرنا أبو حنيفة عن إسمعيل بن أمية المكي[4] عن سعيد ابن أبي سعيد المقبري عن ابن عمر رضى الله عنهما قال: لا يحل فرج من

(١) فيه رد على ابن حزم حيث حمل اثر ابراهيم على الكراهة دون عدم الحل، و ابراهيم يقول «لا يحل» و عدم الحل لا يحمل على الكراهة، و الا يكون تأويل الكلام بما لا يرضى به قائله.

(٢) و ان تزوج العبد بغير اذن مولاه لا يجوز النكاح، و اذا لم يجز بغير اذنه ثبت ان العبد ليس مثل الحر، فان الحر مختار فى افعاله، و العبد لا خيار له لأن نفسه مملوكة للولى، و ما فى يده ملك لمولاه. و لا يتصرف فى شىء من الأشياء الا باذن مولاه فلا يقدر على التسرى ايضا - تدبر.

(٣) كذا فى الأصل، و كلمة «قال» سقطت من الهندية. و الأثر اخرجه الامام محمد فى الآثار بهذا الاسناد، وفيه بعد قوله «او اعتق» «جاز» يعنى بذلك المملوك؛ قال محمد: و به نأخذ، يعنى ان المملوك لا يحل له فرج الا بنكاح، و هو قول ابى حنيفة - اه. و اخرجه الامام ابو يوسف فى آثاره ايضا لكنه سقط منه قوله «عن ابى حنيفة» من البين، قال «نا يوسف عن ابيه عن اسمعيل بن امية - الى آخره» لأن محمدا و الحسن ابن زياد و ابن خسرو اخرجوه عن ابى حنيفة عن اسمعيل بن امية، و يمكن ان ابا يوسف رواه عن اسمعيل من غير واسطة ابى حنيفة و الأثر فى ج ٢ ص ١٣٦ من جامع المسانيد؛ و متن اثر ابى يوسف «لا يوطأ فرج شىء من المملوكات الا فرج ان باعه جاز و ان تصدق به جاز و ان اعتقها جاز و ان وهبها جاز».

(٤) هو من رجال الستة، فقيه اهل مكة، رجل صالح، ثقة، كثير الحديث، حافظ للعلم مع ورع وصدق، مات سنة ١٤٤ او سنة ١٣٩ فى سجن داود بن على؛ روى عن ابن المسيب و نافع وعكرمة و سعيد المقبرى و ابى الزبير و الزهرى و مكحول =

المملوكات إلا لمن[1] باع أو وهب أو تصدق أو أعتق فهو جائز .

محمد قال : أخبرنا محمد بن أبان بن صالح القرشى[2] عن حماد عن إبراهيم قال : يكره للعبد أن يتسرى السرية .

محمد قال : أخبرنا أبو حرة[3] عن الحسن[4] أنه كان يكره أن يزوج الرجل عبده أمته[5] بغير بينة .

باب ما لا يجمع بينه فى النكاح من الأمهات و البنات

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إذا تزوج الرجل امرأة فلم يدخل بها ثم تزوج أمها فنكاح أمها فاسد لا يحل[6] ، و نكاح الابنة جائز

= و محمد بن يحيى بن حبان و جماعة ، و عنه ابن جريج و الثورى و روح بن القاسم و ابو اسحاق الفزارى و ابن اسحاق و معمر و يحيى بن ايوب و يحيى بن سليم الطائفى و ابن عيينة و غيرهم - كما فى التهذيب . و لم يذكر الحافظ ابن الحجر فى الرواة عنه ابا حنيفة ! و هو كما ترى اسمعيل شيخه . و هكذا دأب الحافظ فى ابى حنيفة و الأحناف .

(١) كذا فى جامع المسانيد و غيره . و كان فى الأصول « من » .

(٢) قد سبق فى ما مضى من الأبواب . و الأثر رواه محمد فى الآثار عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم بلفظ : لا يصلح للعبد ان يتسرى ؛ ثم تلا هذه الآية « الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم » فليست له بزوجة و لا ملك يمين ؛ قال محمد : و به نأخذ و هو قول ابى حنيفة .

(٣) ابو حرة - بالحاء المهملة . و قد تقدم فيما مضى ؛ و بالجيم تصحيف .

(٤) قد تقدم فيما قبل . و هو الحسن البصرى ، امام جليل ، تابعى كبير .

(٥) كذا فى الأصل . و فى الهندية « امة » و هو تصحيف ، و لا بد من الضمير معه كما هو فى الأصل « امته » .

(٦) فى الدر المختار : (و حرم بالمصاهرة بنت زوجته الموطوءة) اى سواء كانت =

= فى حجره اى كنفه و نفقته او لا ، و ذكر الحجر فى الآية خرج مخرج العادة ، او ذكر للتشنيع عليهم - كما فى البحر ؛ و احترز بالموطوءة عن غيرها فلا تحرم بنتها بمجرد العقد ،و فى ح عن الهندية : ان الخلوة بالزوجة لا تقوم مقام الوطئ فى تحريم بنتها - اه ؛ قلت : لكن فى التجنيس عن اجناس الناطفى : قال فى نوادر ابى يوسف : اذا خلا بها فى صوم رمضان او حال احرامه لم يحل له ان يتزوج بنتها ؛ و قال محمد : يحل فان الزوج لم يجعل واطئا حتى كان نصف المهر - اه ؛ و ظاهره ان الخلاف فى الخلوة الفاسدة ، اما الصحيحة فلا خلاف فى انها تحرم البنت - تأمل ، و يشترط وطؤها فى حال كونها مشتهاة ، اما لو دخل بها صغيرة لا تشتهى فطلقها فاعتدت بالأشهر ثم تزوجت بغيره فجاءت ببنت حل لواطئ امها قبل الاشتهاء التزوج بها ، و كذا يشترط فيه ان يكون فى حال الوطئ مشتهى - اه ؛ (و ام زوجته) خرج ام امته فلا تحرم الا بالوطئ و دواعيه لأن لفظ « النساء » اذا اضيف الى الأزواج كان المراد منه الحرائر ، كما فى الظهار و الايلاء - بحر ؛ و اراد بالحرائر النساء المعقود عليهن و لو امة لغيره - كما افاده الرحمتى و ابو السعود ، (وجداتها مطلقا) اى من قبل ابيها و امها و ان علون - بحر ، (بمجرد العقد الصحيح) احتراز عن النكاح الفاسد فانه لا يوجب بمجرده حرمة المصاهرة بل بالوطئ او ما يقوم مقامه من المس بشهوة و النظر بشهوة لأن الاضافة لا تثبت الا بالعقد الصحيح - بحر ؛ اى الاضافة الى الضمير فى قوله تعالى « و امهات نسائكم » او فى قوله : و ام زوجته ؛ (و ان لم توطأ الزوجة لما تقرر ان وطء الأمهات يحرم البنات ، و نكاح البنات يحرم الأمهات ، و يدخل بنات الربيبة و الربيب) اى فى قوله : و بنت زوجته ؛ بنات الربيبة و الربيب ، و ثبت حرمتهن بالاجماع و قوله تعالى « و ربائبكم » ؛ بحر - انتهى . وسيأتى له مزيدة من البدائع و احكام القرآن للجصاص - ان شاء الله تعالى .

حلال، فان دخل بالأم حرمت عليه الأم و الابنة أبدا. و لم تحل له واحدة منهما؛ و كذلك إن زنى بالأم حرمت عليه الأم و الابنة أبدا. و لم تحل له واحدة منهما[1]. و قال أهل المدينة: إن زنى بالأم لا تحرم عليه الابنة

---

(١) و به قال مالك فى رواية من المدونة، و احمد. خلافا للشافعى و مالك فى اخرى من الموطأ، و رجحت - كما فى شرح الزرقانى. و قولنا قول عمر و ابن مسعود و ابن عباس فى الأصح و عمران بن حصين و جابر و ابيّ و عائشة. و جمهور التابعين كالبصرى و الشعبي و النخعى و الأوزاعى و طاوس و عطاء و مجاهد و سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار و حماد و الثورى و اسحاق بن راهويه - كذا فى فتح القدير. و فى باب الزنا لا يحرم الحلال من الجوهرالنقى ج ٧ ص ١٦٨: ذكر فيه (عن ابن عباس فى رجل زنى بأم امرأته و بنتها قال: حرمتان تخطأهما و لا يحرمها ذلك عليه). قال: و هو قول ابن المسيب و عروة؛ قلت: قد روى عنهم خلاف هذا؛ قال ابن حزم: روينا عن ابن عباس انه فرق بين رجل و امرأته بعد ان ولدت له سبعة رجال كلهم صار رجلا يحمل السلاح، لأنه كان اصاب من امها ما لا يحل، و عن سعيد بن المسيب و ابى سلمة بن عبد الرحمن و عروة بن الزبير فيمن زنى بامرأة لا يصلح له ان يتزوج ابنتها ابدا. و روى ذلك عن غير هولاء ايضا. روى عبد الرزاق فى مصنفه عن عثمان بن سعيد عن قتادة عن عمران بن حصين فى الذى يزنى بأم امرأته قال: حرمتا عليه جميعا؛ و عن ابن جريج: سمعت عطاء يقول: ان زنى رجل بأم امرأته او بنتها حرمتا عليه جميعا؛ و عن ابن جريج اخبرنى ابن طاوس عن ابيه فى الرجل يزنى بالمرأة: لا ينكح امها و لا ابنتها؛ و لابن ابى شيبة بسند صحيح عن ابن المسيب و الحسن قال: اذا زنى الرجل بالمرأة فليس له ان يتزوج ابنتها و لا امها؛ و فى مصنف ابن ابى شيبة عن قتادة و ابى هاشم فى الرجل يقبل ام امرأته او ابنتها قالا: حرمت عليه امرأته؛ و قال ابن حزم: روينا عن مجاهد و لا يصلح لرجل فجر بأمرأة ان يتزوج امها؛ و من طريق شعبة عن الحكم بن عتيبة =

وكانت امرأته على حالها[١] ، و إن تزوج بالأم بعد الابنة تزويجا فالنكاح

= قال قال النخعي : اذا كان الحلال يحرم الحلال فالحرام اشد تحريما ؛ و عن الشعبي : ما كان فى الحلال حراما فهو فى الحرام اشد ؛ و عن ابن مغفل : هى لا تحل له فى الحلال فكيف تحل له فى الحرام ؟! و عن مجاهد : اذا قبلها او لامسها او نظر الى فرجها من شهوة حرمت عليه امها و ابنتها ؛ و عن النخعي فى رجل فجر بامرأة فأراد ان يشترى امها او يتزوجها فكره ذلك ؛ و عن عكرمة سئل عن رجل فجر بامرأة أيصلح له ان يتزوج جارية ارضعتها هى بعد ذلك ؟ قال : لا ؛ قال ابن حزم : و هو قول الثورى ؛ و فى المعالم للخطابى : هو مذهب اهل الرأى و الأوزاعى و احمد ؛ و فى قوله عليه الصلاة و السلام « و احتجبى منه يا سودة » حجة لهم لأنه لما رأى الشبه بعتبة علم انه من مائه فأجراه فى التحريم مجرى النسب و امرها بالاحتجاب منه ؛ و فى احكام القرآن للرازى : هو قول سالم بن عبد الله و سليمان بن يسار و حماد و ابى حنيفة و اصحابه ؛ و حديث « لا يحرم الحرام الحلال » على تقدير ثبوته لا يصح تعميمه ، اذ وطئ المجوسية و الأمة المشتركة و الحائض حرام و يوجب التحريم ؛ فان قيل : الوطئ فى هذه المسائل يثبت به النسب و الزنا لا ، قلنا : اعتبار النسب ساقط ، اذ وطئ الصغيرة يثبت التحريم و لا يثبت به النسب ، و العقد يثبت النسب لا التحريم - انتهى .

(١) فى الموطأ : (قال مالك : فأما الزنا فانه لا يحرم شيئا من ذلك) المذكور فان كان متزوجا بالبنت فزنى بالأم او عكسه لا تحرم عليه زوجته لأن الحرام لا يحرم الحلال ؛ و قد روى الدارقطنى عن عائشة و ابن عمر رفعاه : لا يحرم الحرام الحلال ؛ لكنهما ضعيفا السند ؛ الا انه يستأنس بهما - زرقانى ؛ (لأن الله تبارك و تعالى قال : و) حرمت عليكم (امهات نسائكم ؛ فانما حرم ما كان تزويجا و لم يذكر تحريم الزنا) و النكاح شرعا انما يطلق على وطئ المعقود عليها لا على مجرد الوطئ (فكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال) فيقع به =

فاسد

فاسد[١]، و إن دخل بها حرمتا عليه جميعا أبدا. و لم تحل له الأم و لا الابنة، و حرم هذا الجماع نكاحه للابنة الصحيح الذى كان صحيحا قبل جماع الأم.

و قال محمد بن الحسن: قد ترك أهل المدينة قولهم «إن الحرام لا يحرم الحلال»[٢] فى قولهم «إنه إذا تزوج أمها فدخل بها حرمت عليه البنت»! أرأيتم نكاح الأم إن كان حلالا فقد حل له أن يجمع بين امرأة و ابنتها؟ و إن كان حراما فهذا حرام قد حرم الحلال! قالوا: إنما تحرم الابنة بالنكاح دون الجماع. فينبغى[٣] أن يحرموها قبل الجماع و[٤] إن كان ذلك ليس بنكاح.

= التحريم، و كل ما كان محض زنا لا يحرم لأنه ليس بمنزلة التزويج (فهذا الذى سمعت و الذى عليه امر الناس عندنا) بالمدينة، و به قال الجمهور و الشافعى و احمد فى رواية عنه، و عليه جل اصحاب مالك بل صريح غير واحد من الأشياخ منهم سحنون بأن جميعهم عليه؛ و قوله فى المدونة: ان زنى بأم زوجته او ابنتها فليفارقها؛ حمله الأكثر على الوجوب، و اللخمى و ابن رشد على الكراهة اى كراهة البقاء معها و استحباب فراقها، و ذهب اكثر اهل المذهب الى ترجيح ما فى الموطأ - زرقانى.

(١) فى الموطأ: قال مالك فى الرجل يكون تحته المرأة ثم ينكح امها فيصيبها: انها تحرم عليه امرأته، و يفارقهما جميعا، و تحرمان عليه ابدا اذا كان قد اصاب الأم، فان لم يصبها لم تحرم عليه امرأته، و فارق الأم؛ و قال مالك فى الرجل يتزوج المرأة ثم ينكح امها فيصيبها: انه لا تحل له امها ابدا، و لا تحل لأبيه و لا لابنه، و لا تحل له ابنتها، و تحرم عليه امرأته - انتهى.

(٢) و كان فى الأصول «لا يحل الحلال» تحريف، و الصواب «لا يحرم الحرام» - ف.

(٣) قال المعلق: هذا قول محمد يقدر بقدر، اعنى نقول: فينبغى على قولهم ان البنت حرام بنكاح امها ان لا تفيد قولهم: فان دخل بالأم حرمت؛ لأن الجماع لا دخل له فى الحرمة عندهم - اه. اى فكيف يصح قولهم هذا - تدبر.

(٤) الواو وصلية، و الا فالجملة شرطية لم يذكر جزاء الشرط - كما لا يخفى على الناظرين.

قالوا : إن هذا النكاح على شبه[١] .

قيل لهم : فان رجلا[٢] تحته امرأة فاشترى أمها و هى أمة فوطأها و هو يعلم أنها أمها و كان وطئ ابنتها قبل ذلك بالنكاح الحلال[٣] أحل له وطئ الأم ؟ قالوا : لا[٤] . قيل لهم : فهل حرم وطئ الأم عليه الابنة التى كانت زوجته ؟ قالوا : نعم . قيل لهم : فكيف كان هذا يحرم النكاح الصحيح و هو نكاح حرام لا يحل ؟! أرأيتم رجلا تحته امرأة فاشترى أمها و هو يرى أنها أمة فوطأها و هو يعلم أنها أمة ثم أقامت البينة أنها حرة و هى معروفة أنها أم امرأته إلا أنه وطأها على وجه الشراء ثم استبان[٥] له أنها حرة أيحرم جماعه إياها[٦] ابنتها التى كانت تحته ؟ فان قالوا : لا يحل[٧] ذلك شيئا ؛ فقد

---

(١) كذا فى الهندية ، و هو الصحيح عندى ، و كان فى الأصل « شبهه » باظهار الضمير و ليس بصواب - كما لا يخفى .

(٢) كذا فى الأصول ، و بالهامش « فان كان رجل » و المعنى على كلا التقديرين صحيح - كما لا يخفى . و لهذه الجزئيات راجع المدونة الكبرى و هى فى ثلاث صفحات منها .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « بالنكاح الصحيح » و هو الصواب .

(٤) اى لا يحل له وطئ الأم لأنه نكح بنتها و دخل بها فقد حرمت الأم عليه .

(٥) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « استاذن » مكان « استبان » و هو تصحيف . قوله « استبان » اى ظهر وتبين انها حرة ليست بأمة .

(٦) و بهامش الأصل : اى التى اشتراها و انها حرة .

(٧) كذا فى الأصول « لا يحل » و هو مصحف من « لا يحرم » و الا لايصح التقسيم من الامام « فان قالوا ان ذلك يحرم - الخ » و منه « لا يحل » و « يحرم » واحد فلا فائدة فيه بل لا معنى لقول الامام بالالزام اياهم ؛ او كان حرف « لا » قبل قوله « يحل » زائدة ، و الأصوب الأصح « لا يحرم » - تدبر . قال فى الهداية : و من زنى بامرأة حرمت =

= عليه امها و بنتها ؛ و قال الشافعي : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور ؛ و لنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كلا فتصير اصولها و فروعها كأصوله و فروعه ، و كذلك على العكس و الاستمتاع بالجزء حرام الا فى موضع الضرورة و هى الموطوءة ، و الوطؤ محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا - انتهى . قال المحقق فى الفتح : اعلم ان الدليل يتم بأن يقال : هو وطؤ سبب الولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطئ الحلال بناء على إلغاء وصف الحل فى المناط و هو يعتبره ، و هذا منشأ الافتراق ؛ و نحن نبين إلغاءه شرعا بأن وطأ الأمة المشركة و جارية الابن و المكاتبة و المظاهر منها و امته المجوسية و الحائض و النفساء و وطأ المحرم و الصائم كله حرام ، و تثبت به الحرمة المذكورة ، فعلم ان المعتبر فى الأصل هو ذات الوطئ من غير نظر لكونه حلالا او حراما ؛ و ما رواه من قوله صلى الله عليه و سلم « لا يحرم الحرام » غير مجرى على ظاهره » ؛ أرأيت لو بال او صب خمرا فى ماء قليل مملوك له لم يكن حراما مع انه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما ، و حينئذ نقول بموجبه ، اذا لم نقل باثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ هذا ؛ وصح الحديث لكن حديث ابن عباس مضعف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصى على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب ؛ و قال البخارى و النسائى و ابو داود : ليس بشيء ؛ و ذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال : و فى اسناده اسحاق بن ابي فروة و هو متروك ؛ وحديث عائشة ضعف بأنه من كلام بعض قضاة اهل العراق - قاله الامام احمد ؛ و قيل : من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة ؛ و قد استدل بقوله تعالى « و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النسآء » بناء على ان المراد بالنكاح الوطؤ اما لأنه الحقيقة اللغوية او مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى « انه كان فاحشة و مقتا وسآء سبيلا » و انما الفاحشة الوطؤ لا نفس العقد ؛ و يمكن منع هذا بل نفس لفظه الذى =

= وضعه الشارع لاستباحة الفروج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء اى المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله قبيحا قبيح ؛ و قدمنا للصنف اعتبار الآية دليلا على تحريم المعقود عليها للاب ؛ و قد روى اصحابنا احاديث كثيرة ، منها : قال رجل : يا رسول الله ! انى زنيت بامرأة فى الجاهلية أ فأنكح ابنتها ؟ قال : لا ارى ذلك ، و لا يصلح ان تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها ؛ و هو مرسل و منقطع ، و فيه ابو بكر بن عبد الرحمن ابن ام حكيم ؛ و من طريق ابن وهب عن ابى ايوب عن ابن جريج ان النبي صلى الله عليه و سلم قال فى الذى يتزوج المرأة فيغمز و لا يزيد على ذلك : لا يتزوج ابنتها ؛ و هو مرسل و منقطع ؛ إلا ان هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات ؛ فالحاصل ان المنقولات تكافأت ؛ و قوله : نعمة فلا تنال بالمحظور ؛ مغلطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لأنه تضيق ، و لذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه و سلم من الله سبحانه ، بل من حيث هو يترتب على المصاهرة ، فحقيقة النعمة هى المصاهرة لأنها هى التى تصير الأجنبي قريبا وعضدا و ساعدا يهمه ما أهمك ، و لا مصاهرة بالزنا ، فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى بينت الانسان ، فانتفى الصهرية و فائدتها ايضا ، اذ الانسان ينفر عن الزانى بينته فلا يتعرف به بل يعاديه فأنى ينتفع به ! فالمرجع القياس ، و قد بينا فيه إلغاء وصف زائد على كونه وطأ و ظهر ان حديث الجزئية و اضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه فى تمام الدليل ، الا ان الشيخ ذكره بيانا لحكمة العلة يعنى ان الحكمة فى ثبوت الحرمة بهذا الوطئ كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا ، و هو ان انفصل فلا بد من اختلاط ما ، و لا يخفى ان الاختلاط لا يحتاج تحققه الى الولد و الا لم تثبت الحرمة بوطئ غير معلق ، و الواقع خلافه فتضمنت جزاؤه - انتهى . و بهذا البيان الواضح اندفع ما فى المحلى من تعبير ابن حزم المسائل المذكورة بالتمويهات . و لم يصل فهمه الى درك ما قاله الأئمة - كما لا يخفى على المدقق .

تركوا ما قالوا فى أول المسألة، فان قالوا: إن ذلك يحرم؛ فقد زعموا أن جماعها كان حراما معروفا إياه[1] صاحبه و هو يعلم أنه حرام يحرم الحلال! فهذا ترك لقولهم: لا يحرم حرام حلالا.

أخبرنا محمد بن الحسن الشيبانى[2] قال أخبرنا قيس بن الربيع الأسدى[3] عن أبى حصين[4] عن خيثمة بن عبد الرحمن الجعفى[5] قال: مكتوب فى التوراة: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة و بنتها»[6].

---

(١) كذا فى الأصول، و تأمل فيه، و المراد ان صاحبه كان معروفا بالجماع الحرام؛ و لعله كان «به» فحرفه الناسخ و كتبه «اياه» و العلم عند الله تعالى.

(٢) هذا قول راوى كتاب الحجة عن الامام محمد، و لعله عيسى بن ابان و هو صاحبه و تلميذه، و قد صرح بذلك الفاضل اللكنوى فى التعليق الممجد.

(٣) قد مضى فى كتاب الصلاة و فى ابواب كثيرة من الكتاب.

(٤) اسمه عثمان بن عاصم بن حصين، و يقال: يزيد بن كثير، الأسدى الكوفى، من رجال الستة، مات سنة عشرين و مائة، و قيل: بعد ذلك؛ و قد مضى من قبل.

(٥) هو من رجال الستة، و هو ابن ابى سبرة يزيد بن مالك بن عبد الله بن ذؤيب الجعفى الكوفى، لأبيه و لجده صحبة، و هو من التابعين الأجلاء، روى عن ابيه و عن على بن ابى طالب و ابن عمر و ابن عمرو و ابن عباس و البراء بن عازب و عدى بن حاتم و النعمان بن بشير و غيرهم من الصحابة و التابعين، وعنه زر بن حبيش و ابو اسحاق السبيعى و طلحة بن مصرف و عمرو بن مرة الجملى و قتادة و الأعمش و منصور وغيرهم؛ كوفى تابعى صالح سخى ثقة، مات قبل ابى وائل و كان فى جنازته، مات بعد سنة ثمانين، و قيل غيره - كذا فى التهذيب.

(٦) قال المعلق: فان قلت: كيف التمسك بالتوراة و انها منسوخة؟ قلنا: نعم، لكن اذا قص الله و رسوله شيئا و لم ينكرها فهى حجة، كما قال الأصوليون - اه. =

محمد قال: أخبرنا قيس بن الربيع قال أخبرنا الأعرج بن صالح[1] عن خليفة بن حصين[2] عن أبى نصر[3] عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما[4]،

= والصواب «فلم ينكره فهو حجة» فان «الشيء» مذكر والضمير اليه يرجع مذكرا - تدبر. و الأثر ذكره ابن حزم فى المحلى بغير سند حيث قال: و بخبر عن وهب بن منبه ان فى التورة مكتوبا «من كشف عن فرج امرأة و ابنتها فهو ملعون» ثم قال: و هذا طريف جدا - اه. و لم يزد على ذلك، فهذه دعوى بلا حجة و برهان، و ما اخرجه محمد فى الكتاب باسناد لا مطعن فيه فكيف يكون طريفا جدا! و خيثمة تابعى جليل يحتمل انه قرأ فى التوراة او روى عن وهب بن منبه و هو عالم بالكتب السماوية، كما هو مذكور فى احواله - تأمل حق التأمل.

(١) كذا فى الأصول «الأعرج بن صالح» و هو عندى خطأ، و الصواب «الأغر بن الصباح» و فى ترجمة خليفة بن حصين من التهذيب ج ٣ ص ١٥٩: روى عنه الأغر ابن الصباح؛ و فى ترجمة قيس بن الربيع الأسدى ج ٨ ص ٣٩١ من التهذيب: روى عن الأغر بن الصباح؛ و قال الحافظ فى ترجمة الأغر من التهذيب ج ١ ص ٣٦٤: الأغر بن الصباح التميمى المنقرى الكوفى، مولى آل قيس بن عاصم. والد الأبيض، روى عن خليفة بن حصين بن قيس بن عاصم و ابى نضرة، و عنه الثورى و قيس بن الربيع و ابو شيبة؛ قال ابن معين و النسائى: ثقة، و قال ابو حاتم: صالح؛ قلت: وقع ذكره فى اثر علقه البخارى، نبهت عليه فى ترجمة خليفة بن حصين؛ و قال العجلى: ثقة، و قال ابن حبان فى الثقات: انه من اهل البصرة و ان محمد بن سواء روى عنه ايضا - انتهى. و فى الأصول وقع مصحفا لا محالة - تأمل.

(٢) هو من رجال ابى داود و الترمذى و النسائى، خليفة بن حصين بن قيس بن عاصم التميمى المنقرى، روى عن ابيه حصين بن قيس بن عاصم وجده قيس بن عاصم و على ابن ابى طالب و زيد بن ارقم و ابى الأحوص الجشمى و ابى نصر الأسدى الراوى =

قال : جاء رجل من أهل خراسان إلى عبد الله بن عباس فقال : تحتى امرأة من أجمل الناس قد ولدت لى سبعة كلهم قد أطاق السلاح[١] و إنى كنت

= عن ابن عباس، روى عنه الأغر بن الصباح ؛ قال النسائى : ثقة ، و ذكره ابن حبان فى الثقات ؛ قلت : وقع ذكره فى حديث موقوف علقه البخارى فى النكاح لشيخه ابى نصر الأسدى ؛ و سيأتى ذكره فى ترجمة ابى نصر ، و يلزم المزى ان يرقم له علامة التعليق كما صنع فى ترجمة عبد الرحمن بن فروخ ؛ و قال ابو الحسن بن القطان الفاسى : حديثه عن جده مرسل و انما يروى عن ابيه عن جده - انتهى ٠ و ليس كما قال ، فقد جزم ابن ابى حاتم بأن زيادة من رواه « عن ابيه » وهم ٠　(٣) و هو ابو نصر الأسدى ، بصرى ، روى عن ابن عباس « اذا زنى بأم امرأته حرم عليه امرأته » ، و عنه خليفة ابن قيس بن عاصم المنقرى ، قال البخارى : لم يعرف سماعه من ابن عباس ، و قال ابو زرعة : ابو نصر الأسدى الذى يروى عن ابن عباس ثقة - كذا فى التهذيب ٠

(٤) فى المسألة روايتان : احداهما هذه و هى دالة على الحرمة عنده ، كما صرح به بقوله « قد حرمت عليك » فما فى فيض البارى من ان لم يذهب الى الحرمة محمول على الرواية الأخرى عنه ٠ و فى ج ٢ ص ١١٣ من احكام القرآن للجصاص : و روى عكرمة عن ابن عباس فى الرجل زنى بأم امرأته بعد ما يدخل بها قال : تخطى حرمتين و لم تحرم عليه امرأته ؛ و روى عنه انه قال : لا يحرم الحرام الحلال ؛ و ذكر الأوزاعى عن عطاء انه كان يتأول قول ابن عباس « لا يحرم حرام حلالا » على الرجل يزنى بالمرأة و لا يحرمها عليه زناه ؛ و هذا يدل على ان قول ابن عباس الذى رواه عكرمة فى ان الزنا بالأم لا يحرم البنت لم يكن عند عطاء كذلك ، لأنه لو كان ثابتا عنده لما احتاج الى تأويل قوله : لا يحرم الحرام الحلال - انتهى ٠

(١) و كان فى الأصول « السلام » و هو مصحف ، و الصواب ما فى الجوهر النقى ج ٢ ص ٨٤ و فى المحلى ج ٩ ص ٥٣٢ : كلهم صار رجلا يحمل السلاح ، و ج ٧ ص ١٦٩ من الجوهر النقى على سنن البيهقى ٠

قد أصبت من أمها صبوة[١] فما ترى ؟ قال : كم مالك ؟ قال : ثلاثمائة ألف ؛ قال : فبكم يسرك[٢] أن تفد بها من مالك ؟ فقال : بمالى كله ؛ قال : قد حرمت عليك.

محمد قال أخبرنا قيس بن الربيع عن القعقاع[٣] بن يزيد الضبى[٣] قال : سألت الحسن البصرى عن رجل ضم إليه صبية[٤] بشهوة أيتزوج أمها ؟ قال : لا[٥] .

---

(١) تأكيد للفعل . و هو كناية عن الجماع و التقبيل و اللمس بشهوة .

(٢) و بهامش الأصل : اعنى بكم من مالك تريد ان تجعلها كفارة لتحليل امرأتك التى حرمت عليك - اه . يعنى فلا تقدر على تحليلها و ان انفقت مالك كله فانها حرمت عليك مؤبدا .

(٣-٣) و فى التاريخ الكبير للبخارى : القعقاع بن يزيد الضبى كوفى ، سمع ابراهيم و الحسن ، روى عنه مغيرة بن مقسم و الثورى . نسبه جرير بن عبد الحميد - انتهى . و هو الذى فى الكتاب ، و هو شيخ قيس بن الربيع ، و وقع فى الأصول « القعقاع عن يزيد الضبى » تصحيف ، و الصحيح « القعقاع بن يزيد الضبى » فكلمة « بن » صحفت بحرف « عن » فوقع الخلل فى التعيين . و الصواب « الضبى » لا « الضبعى » فاحفظ ، فالحمد لله تعالى على ما ارانى الصواب . و نسبة « الضبى » هى الصواب - كما هو فى الأصول .

(٤) كذا فى الأصل . و فى الهندية « صبيته » ، و الصواب « صبية » بغير الضمير كما هو فى الأصل . و القرينة عليه « ايتزوج امها » .

(٥) لأن الضم بشهوة و اللمس بها و كذا النظر الى فرجها بشهوة سبب داع الى الوطئ فيقام مقامه فى موضع الاحتياط ؛ و فى ذلك آثار كثيرة من السلف . راجع مبسوط السرخسى و احكام القرآن ؛ قال ابو بكر : و اتفق اصحابنا و الثورى و مالك و الأوزاعى و الليث و الشافعى ان اللمس لشهوة بمنزلة الجماع فى تحريم ام المرأة و بنتها ، فكل من حرم بالوطئ الحرام اوجبه باللمس اذا كان لشهوة . و من لم يوجبه بالوطئ الحرام =

= لم يوجبه باللمس لشهوة ، و لاخلاف ان اللمس المباح فى الزوجة و ملك اليمين يوجب تحريم الأم و البنت ، إلا شيئا يحكى عن ابن شبرمة انه قال : لا تحرم باللمس و انما تحرم بالوطئ الذى يوجب مثله الحد ؛ و هو قول شاذ قد سبقه الاجماع بخلافه ؛ و اختلف الفقهاء فى النظر هل يحرم ام لا ؟ فقال اصحابنا جميعا : اذا نظر الى فرجها لشهوة كان ذلك بمنزلة اللمس فى ايجاب التحريم ، و لا يحرم النظر للشهوة الى غير الفرج ، و قال الثورى : اذا نظر الى فرجها متعمدا حرمت عليه امها و ابنتها ، و لم يشترط ان يكون لشهوة ، و قال مالك : اذا نظر الى شعر جارية تلذذا او صدرها او ساقها او شيء من محاسنها تلذذا حرمت عليه امها و ابنتها . و قال ابن ابى ليلى و الشافعى : النظر لا يحرم ما لم يلمس ، قال ابو بكر : روى جرير بن عبد الحميد عن حجاج عن ابى هانئ قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : من نظر الى فرج امرأة حرمت عليه امها و ابنتها ، و روى حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله قال : لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة و ابنتها ، و روى الأوزاعى عن مكحول ان عمر جرد جارية له فسأله اياها بعض ولده ، فقال : انها لا تحل لك ، و روى حجاج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه جرد جارية ثم سأله اياها بعض ولده ، فقال : انها لا تحل لك ، و روى المثنى عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر انه قال : ايما رجل جرد جارية له فنظر اليه منها يريد ذلك الأمر فانها لا تحل لابنه ، و عن الشعبى قال : كتب مسروق الى اهله قال : انظروا جاريتى فلانة فبيعوها فانى لم اصب منها الا ما حرمها على ولدى من اللمس و النظر ؛ و هو قول الحسن و القاسم بن محمد و مجاهد و ابراهيم ، فاتفق هؤلاء السلف على ايجاب التحريم بالنظر و اللمس ؛ و انما خص اصحابنا النظر الى الفرج فى ايجاب التحريم دون النظر الى سائر البدن لما روى عن النبى صلى الله عليه و سلم انه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها و لا ابنتها » فخص النظر الى الفرج بايجاب التحريم دون النظر الى سائر البدن ، و كذلك روى عن ابن مسعود و ابن عمر =

محمد قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم[1] قال أخبرنا المغيرة[2] عن إبراهيم[3] أنه قال فى رجل فجر بابنة امرأته، قال: حرمت عليه أمها.

محمد قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم: إذا قبّل الرجل أم امرأته أو لمسها من شهوة حرمت عليه امرأته[4].

محمد قال: أخبرنا إسمعيل بن عياش الحمصى[5] قال حدثنى سعيد بن يوسف[6]

= و لم يرو عن غيرهما من السلف خلافه، فثبت بذلك ان النظر الى الفرج مخصوص بايجاب التحريم دون غيره، و كان القياس ان لا يقع تحريم بالنظر الى الفرج كما لا يقع بالنظر الى غيره من سائر البدن، الا انهم تركوا القياس فيه للاثر و اتفاق السلف، و لم يوجبوه بالنظر الى غير الفرج و ان كان لشهوة، على ما يقتضيه القياس؛ ألاترى ان النظر لا يتعلق به حكم فى سائر الأصول! ألاترى انه لو نظر و هو محرم او صائم فأمنى لا يفسد صومه، و لو كان الانزال عن لمس فسد صومه و لزمه دم لاحرامه! فعلمت ان النظر من غير لمس لا يتعلق به حكم، فلذلك قلنا: ان القياس ان لا يحرم النظر شيئا الا انهم تركوا القياس فى النظر الى الفرج خاصة لما ذكرنا.

(١) هو الامام ابو يوسف القاضى.

(٢) هو المغيرة بن مقسم الضبي، مضى فيما قبل.

(٣) هو النخعى.

(٤) تذكر ما مضى من فتح القدير.

(٥) مضى فى ابواب كثيرة فيما قبل.

(٦) و هو الرحبي، و يقال: الزرقى، الصنعانى من صنعاء دمشق، و قيل: انه حمصى، من رجال مراسيل ابى داود، روى عن عبد الله بن بسر المازنى و يحي بن ابى كثير، وعنه ابنه مؤمل و اسمعيل بن عياش؛ قال ابن ابى مريم عن ابن معين: ضعيف الحديث، و قال ابو زرعة: الدمشقى عن احمد ليس بشىء، و قال ابو حاتم: ليس بالمشهور =

عن يحيي بن أبي كثير[1] قال: سئل عروة بن الزبير و سعيد بن المسيب و أبو سلمة بن عبد الرحمن و سالم بن عبد الله[2] عن رجل أصاب امرأة حراما هل يحل له نكاح امرأة أرضعتها[3]؟ فقالوا كلهم: هى حرام.

محمد قال: أخبرنا إسمعيل بن عياش الحمصى قال حدثنى ابن جريج[4] عن ابن طاوس[5] عن أبيه[6] عن الرجل يزنى بالمرأة قال: لا ينكح أمها و لا ابنتها[7].

= و حديثه ليس بالمنكر، و قال محمد بن عوف: كان يسكن بجبلة، و هو حمصى، ضعيف الحديث ليس له كثير شيء، و قال النسائى: ضعيف، و قال مرة: ليس بالقوى، و قال ابن عدى: ليس له انكر (كذا) من حديث ابن عباس «ساووا بين اولادكم فى العطية» الحديث؛ و هو قليل الحديث، و ذكره ابن حبان فى الثقات، له عند ابى داود «ان النبي صلى الله عليه و سلم غير ثوبيه و هو محرم» قلت: و قال ابن طاهر: حدث عن يحيي بن ابى كثير بالمنا كير.

(١) يحيي بن ابى كثير قد مر مرارا فى الأبواب الماضية.

(٢) مضوا كلهم فيما تقدم من الأبواب.

(٣) فهى صارت امها من الرضاعة، و يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، كما جاء فى الحديث. قال فى الهداية: و لا بأمه من الرضاعة و لا بأخته من الرضاعة لقوله تعالى «و امهاتكم اللاتى ارضعنكم و اخواتكم من الرضاعـــة» و لقوله عليه السلام: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب - اه. فالجمع بين الابنة و البنت من الرضاعة حرام، و كذا بامرأة زنى بها لا يجوز نكاح امها من الرضاعة لأنها ام المزنى بهـا فلا يجوز تزوجها.

(٤) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، الفقيه، مضى من قبل.

(٥) هو عبد الله بن طاوس، تقدم.

(٦) هو طاوس تابعى جليل، تقدمت ترجمته.

(٧) كما قال اصحابنا بالحرمة بينهما.

محمد قال : أخبرنا إسمعيل بن عياش قال حدثنا سعيد بن أبي عروة[١] عن قيس بن سعد[٢] عن مجاهد[٣] فى الرجل يفجر بالمرأة قال : إذا نظر إلى فرجها فلا تحل لها أمها و لا بنتها[٤] - و الله أعلم .

---

(١) قد مضى فيما مر من الأبواب فتذكره .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهدية « قيس سعيد » سقط لفظ « بن » من قلم الناسخ سهوا . و فى المحلى ج ٩ ص ٥٣٢ : قيس بن سعد . و من طريق وكيع عن جرير بن حازم عن قيس بن سعد عن مجاهد قال : اذا قبلها او لامسها او نظر الى فرجها من شهوة حرمت عليه امها و ابنتها - اه . و فى ج ٨ ص ٣٩٧ من التهذيب : قيس بن سعد المكى ، ابو عبد الملك . و يقال : ابو عبد الله ، الحبشى ، مولى نافع بن علقمة ، و يقال : مولى ام علقمة ، روى عن عطاء وطاوس و مجاهد و سعيد بن جبير و عمرو بن دينار و مكحول الشامى و يزيد بن هرمز و غيرهم ، و عنه الحمادان و عمران القصير وجرير ابن حازم و رباح بن ابي معروف و هشام بن حسان و سيف بن سليمان و يزيد بن ابراهيم التسترى و غيرهم ؛ قال احمد و ابو زرعة و يعقوب بن شيبة و ابو داود : ثقة ، و قال ابن معين : ليس به بأس . و قال ابن سعد كان قد خلف عطاء فى مجلسه و لكن لم يعمر ، مات سنة تسع عشرة و مائة ، و كان ثقة ، قليل الحديث . و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال : مات سنة ١٧ ، و قيل : سنة ١٩ ؛ قلت : قال العجلى : مكى ثقة ، و قال : مات سنة ١٩ ، و سئل ابو داود عن قيس و ابن جريج فى عطاء قال : كان قيس اقدم ، و ابن جريج يقدم - انتهى .

(٣) تقدم فيما قبل من الأبواب .

(٤) فهؤلاء السلف متفقون على ان من زنى بامرأة حرمت عليه امها و ابنتها ، و قد تكلم ابو بكر الجصاص الرازى فى هذه المسألة و بسط فيها الكلام رواية و دراية و اخبارا و آثارا و نقضا و ابراما فى صفحات من احكام القرآن . فراجع اليه فانه مفيد =

باب

باب ما لا يجوز وطؤه

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجل يتزوج الأمة فى عدتها فيدخل بها ثم يشتريها: إنه لا بأس بأن يطأها بالملك إذا انقضت عدتها من الزوج الأول[١]. وقال أهل المدينة: لا يحل له أبدا[٢].

و قال محمد: وكيف حرمت عليه هذه و قد اشتراها و ملكها؟ قالوا: لأنه[٣] وطأها فى عدتها من غيره. قيل لهم: وكيف حرم عليه ذلك وطأها إذا ملكها؟ و بأى شىء صار ذلك حراما عليه أبدا؟ هل يزيد وطؤه إياها فى العدة على أن يكون حراما؟ قالوا: لا. قيل لهم: فلو أن رجلا زنى بامرأة ثم اشتراها أما كان يحل له وطؤها؟ قالوا: بلى[٤]. قيل لهم: فكيف

═ جدا، وكذا بسط القول فيه ملك العلماء فى البدائع و المحقق ابن الهمام فى فتح القدير و غيرهم فى غيرها - و الله تعالى اعلم و علمه اتم و احكم.

(١) فاذا اشتراها دخلت فى «مما ملكت ايمانكم» و النكاح بطل بالاشتراء، فاذا انقضت عدتها من الزوج الأول حل له وطؤها بالملك. و لا يخالفه نص و لا حديث و لا اثر و لا قياس صحيح، بل دلالة النص تحلها له و القياس الصحيح يقوى الحلة و يؤكدها - كما لا يخفى.

(٢) و الحرمة المؤبدة ليست عليها اثارة علم فانها تكون من جانب الشارع و لم تثبت بعد.

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «لأنها» و هو خطأ لايناسب المقام. و الوطؤ فى عدة الغير و ان كان حراما لكن لما اشتراها صارت ملكه فيتصرف فيها كيف شاء، و لما كانت فى عدة الغير منعه الامام عن وطئه اياها لئلا يسقى ماءه زرع غيره، حتى تفرغ من العدة.

(٤) يعنى يحل له وطؤها. لأنه اشتراها فصارت فى ملك يمينه فحل وطؤها.

الوطؤ فى العدة يحرمها عليه أبدا و الزنا [لا يحرمها أبدا ؟ لئن[1] كان الوطؤ فى العدة يحرمها أبدا فالزنا][2] أحرى أن يحرمها ! وكيف زعمتم أن ذلك يحرم و أنتم تزعمون أنه لا يحرم الحرام حلالا[3] ! .

(١) فى الأصل الهندى « لان » و ان كان هو صحيحا لكن الكتابة توهم الى المعنى غير المراد به ههنا .
(٢) ما بين المربعين ساقط من الأصل ، و زيد من الهندية - ف .
(٣) فالحكم بعدم حلها له ابدا يورث مفاسد فى مذهبكم و ترك لقولكم « ان الحرام لا يحرم حلالا » و ههنا لزم ذلك بزعمكم انه يحرمه و الزنا اشد من الوطئ فى العدة بعد التزوج ، و انتم جعلتم الوطء فى العدة بعد الشراء و التزوج اشد من الزنا الذى جلده الجلد او الرجم و الوطؤ بعد التزوج فى العدة ليس كذلك بل يسقط عنه الحد لشبهة العقد و الشراء ، فالقول ما قال الامام ابو حنيفة رضى الله عنه . و فى الموطأ مع شرح الزرقانى : (مالك عن ابن شهاب عن ابى عبد الرحمن عن زيد بن ثابت انه كان يقول فى الرجل يطلق الأمة ثلاثا ثم يشتريها : انها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره) لعموم الآية . و على هذا الجمهور و الأئمة الأربعة . خلافا لقول بعض السلف تحل لعموم « او ما ملكت ايمانكم » ؛ قال ابو عمر : هذا خطأ لأنها لا تبيح الأمهات و الأخوات و البنات فكذا سائر المحرمات ؛ (مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار سئلا عن رجل زوج عبدا له جارية له فطلقها العبد البتة) اى جميع طلاقه و هو اثنتان (ثم وهبها سيدها له هل تحل له بملك اليمين ؟ فقالا : لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره : مالك انه سأل ابن شهاب عن رجل كانت تحته امة مملوكة فاشتراها و قد كان طلقها واحدة فقال : تحل له بملك يمينه ما لم يبت طلاقها ، فان بت طلاقها فلا تحل له بملك يمينه حتى تنكح زوجا غيره) للآية اذ لم يفصل فيها بين حرة و امة - انتهى . لكن الآية لم تفصل فيها ايضا ان طلقها واحدة تحل له بملك يمينه ، و ان بت طلاقها لا تحل له بملك يمينه ، لا فرق بين ملك اليمين و الطلاق واحدة او غيرها - فافهم .

باب الأمة تكون تحت زوج فيموت عنها أو يطلقها [1]

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الأمة يهلك عنها زوجها أو يطلقها طلاقا بائنا [2] فيطأها سيدها فى عدتها: إنه قد أساء [3]، و لا يطأها

(١) كذا فى الهندية، و فى الأصل الى قوله «فيموت» - ف .

(٢) و البائن ينبئ بالانقطاع بالكلية، و كذا عدة المتوفى عنها زوجها فأورث شبهة فى خلوص الملك و خصوصه، فوطؤها السيد فى عدتها و كان الجواز فى محل الاشتباه . و فى المحلى: و الأمة المعتدة لا تحل لسيدها حتى تنقضى عدتها، لقول الله تعالى «و لكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا» و السر: النكاح، و السر ايضا ضد الاعلان، و كلاهما ممنوع بنص الآية، و لا خلاف فى هذا - انتهى . و الخلاف موجود كما ترى؛ و السيد لا يريد النكاح و لا يخفيها بل يطؤها بالملك فكيف يكون مخالفا للآية و هى لم تتعرض له ؟! و ما كان ربك نسيا - فافهم .

(٣) و الاساءة دون التحريمية، و هى الى الجواز و الاباحة اقرب من التحريمية . و فى الدر المختار: قالوا: الاساءة أدون من الكراهة - اه . نص على ذلك فى التحقيق، و فى التقرير الأكملى من كتب الأصول: لكن صرح ابن نجيم فى شرح المنار بأن الاساءة افحش من الكراهة، و هو المناسب هنا لقول التحرير، و تاركها يستوجب اساءة اى التضليل و اللوم، و قد يوفق بأن مرادهم بالكراهة التحريمية، و المراد بها فى شرح المنار التنزيهية، فهى أدون من المكروه تحريما و فوق المكروه تنزيها - اه . راجع رد المحتار، و قد فصله العلامة ابن عابدين فيه، و المراد هنا ايضا الاساءة التى هى افحش من التنزيهية لأنه وطأها فى عدة الزوج و ان كان مالكا لها فى نفس الأمر، و لكن لم يناسب للمسلم ان يطأ امرأة تكون فى عدة الغير و ان كان له فيها حق ما فى الأصل، و الحاصل ان الحكم يدور مع علة الكراهة . و قد صرح الامام رضى الله عنه بأنه لا يطأها بعد ذلك الى انقضاء العدة .

بعد ذلك حتى تنقضي عدتها من زوجها، فاذا انقضت عدتها من زوجها فلا بأس بأن يطأها بالملك. و قال أهل المدينة: لا يحل له ذلك[١].

و قال محمد: بسببه[٢] أيضا لقولكم الأول[٣] تزعمون أن رجلا يأتى أمته فى عدة من غيره إنها لا تحل له أبدا! فكيف كان هذا هكذا[٤]؟ أرأيتم رجلا زوج أمته رجلا ثم وطئها المولى و هى تحت الرجل أليس قد ركب[٥] ما لا يحل له؟ قالوا: بلى. قيل لهم: فان طلقها الزوج أو مات عنها فانقضت عدتها أيحل لمولاها وطؤها بالملك؟ قالوا: نعم. قيل لهم: فهذا ترك لقولكم[٦]! أرأيتم لو كان زوجها طلقها واحدة يملك الرجعة أليست المرأة امرأته بعد؟ قالوا: بلى. قيل لهم: فان وطئها المولى فى العدة ثم انقضت العدة أيحل له أن يطأها بالملك؟ قالوا: لا. قيل لهم: حلت الأولى

---

(١) لأنها فى عدة زوجها فلا تحل للسيد ان يطأها.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «سببه» و لايفهم معناه، فلعله تصحيف او سقط بعض الكلمات من الأصول - و الله اعلم - ف.

(٣) ظاهره يقتضى ترك شىء من العبارة، و الا فما معنى قوله «ايضا لقولكم الأول»! و لعل العبارة هكذا «بسبب قولكم الأول تزعمون» فعلى هذا لا يناسب قوله الذى يأتى بعده «هذا هكذا» كما لا يخفى، اى فكيف قلتم: لا يحل للولى ان يطأها بالملك، و اذا وطأها المولى فى عدة من غيره لا يحل له ابدا. فقد سويتم بينهما و الحال ان الفرق بين المسألتين ظاهر بالوطئ بعد انقضاء العدة بالملك وعدم انقضائها من غيره - فافهم.

(٤) يعنى لا تكون الأولى مثل الثانية فى عدم الحل. فان الوطأ فى الأول جائز بالملك، و فى الثانى لا يجوز لكونه فى العدة من الغير.

(٥) اى ارتكب و فعل ما لا يحل له لكونها فى نكاح الغير.

(٦) اى القول الذى قلتم به اولا انه لا يحل له ذلك.

و قد وطئها و هى امرأة الزوج وحرمت هذه لهم[١] و هل حرم[٢] على مولاها وطؤها إلا لأنها فى عدة الأولى[٣] [ليست فى عدة . قيل لهم : و هل حرم على مولاها إلا لأنها فى عدة من زوجها؟][٤] قالوا : لم يحرم وطأها إلا ذلك. قيل لهم : فاذا كانت زوجته و لم يطلق أليس حرام على المولى أن يطأها؟ قالوا : بلى . قيل لهم : فهل بين الحرمتين فرق؟ و لو كان[٥] بينهما فرق لكانت التى لم يطلقها أعظم حرمة! قالوا : بلى هى أعظم حرمة . قيل لهم : فكيف حرمت التى وطئت فى العدة و لم تحرم الأخرى؟! لئن حرمت الموطوءة[٦] فى العدة للأخرى أحرم و أحرى أن لا يطأها مولاها! و ما هما إلا سواء .

باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يريد أن يتزوجها

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجل يزنى بالمرأة ثم يريد أن يتزوجها : إنه لابأس بذلك . و قال أهل المدينة : لا يحل له أن ينكحها

---

(١) كذا فى الأصول ، و العبارة مختلة النظام و لعله « وحرمت هذه له قيل لهم » تأمل فى الجزئيات الالزامية من الامام محمد على اهل المدينة .

(٢) فى الأصول « حرمت » بالتأنيث ، و لا يليق بالمقام ، فان فاعله « وطؤها » مذكر لفظا فيناسبه « حرم » مذكرا .

(٣) هكذا فى الأصول ، يعنى حرمة الوطئ على المولى لأنها فى عدة من الغير ، « و الأولى » بزيادة الواو ، « ليست فى عدة » مع ذلك لا يتم نظام العبارة - كما لا يخفى .

(٤) ما بين المربعين ساقط من الأصل ، و زيد من الهندية - ف .

(٥) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « كانت » بالتأنيث ، و ليس بصواب .

(٦) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « الموطاة » . و عليك بالتأمل فى مسائل الباب ، حتى يتضح لك ما هو الصواب ، و انى لقصور باعى فى العلم و الفهم فى شك و اضطراب ، و الله يهدى من يشاء الى طريق الحق و هو المنعم الوهاب .

حتى تستبرئ[١] رحمها من الماء الفاسد[٢].

و قال محمد: أرى أهل المدينة قد جعلوا على الزانية عدة[٣]، و قد جاءت السنة أنه لا عدة على الزانية، و لو كانت عليها عدة فى[٤] هذا الوجه أيضا يحل له نكاحها لأن العدة لو وجبت إنما كانت عدة من الزوج الذى تزوجها لأنه هو الذى قد زنى بها، و قد جاءت الآثار بخلاف ما قال أهل المدينة:

الحديث[٥] المعروف عن أبى بكر[٦] رضى الله عنه أنه حدّ امرأة بكرا

---

(١) كذا فى الأصل. و فى الهندية «يستبرئها» بصيغة الغائب المذكر و هو صحيح لفظا ومعنى. و ما فى الأصل ايضا صحيح بتكلف. اى: تستبرئ المرأة المزنى بها رحمها من الماء الفاسد، او يستبرئ الزانى الذى يريد نكاحها رحمها من مائه الفاسد. و فى المدونة من باب فى الرجل يزنى بأم امرأته او يتزوجها عمدا: قلت: أ فيتزوج الرجل المرأة التى قد زنى بها هو نفسه فى قول مالك؟ قال: نعم بعد الاستبراء من الماء الفاسد - اه. و راجع كتاب الاستبراء من المدونة.

(٢) و هو ماء الزنا لأنه لم يقع على حكم الشرع فصار فاسدا.

(٣) لأنهم جعلوا عليها الاستبراء و قالوا: لا يجوز النكاح الا بعد الاستبراء؛ فكأنهم جعلوا عليها العدة و الحال ان العدة ليست على الزانية لأنه لا قيمة لماء الزانى، و لا يفسخ النكاح بالزنا، و لذا قيل كما فى الفتح: لو زنت امرأة رجل لم تحرم عليه وجاز له وطؤها عقب الزنا - اه.

(٤) كذا فى الأصول، تأمل فيه هل الصواب «فى هذا الوجه» او «ففى هذا الوجه» بالفاء.

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية «للحديث» باللام الجارة، و ما فى الأصل اقرب الى الصحة مما فى الهندية.

(٦) و فى السنن الكبرى للبيهقى ج ٧ ص ١٥٥: و روينا عن ابى بكر الصديق رضى الله عنه =

و رجلا بكرا فى زناهما ثم زوجها منه، و لم يبلغنا أنه ذكر استبراء و لا عدة.

و عن عمر بن الخطاب [١] رضى الله عنه مثله .

= فى رجل بكر افتض امرأة و اعترفا لجلدهما مائة ثم زوج احدهما من الآخر مكانه و نفاهما سنة - اه . و فى المحلى : و قد جاء اباحة نكاحهما عن ابى بكر و عمر و ابن عباس و ابن عمر - اه . ثم قال ابن حزم بعد اسطر : و انما الرواية عن ابى بكر و عمر رضى الله عنهما بحضرة الصحابة فكما حدثنا يحيى بن عبد الرحمن بن مسعود نا احمد ابن دحيم نا ابراهيم بن حماد نا اسمعيل بن اسحاق القاضى نا علی بن عبد الله هو ابن المدينى نا يحيى بن زكريا بن ابى زائدة نا محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر قال: بينما ابو بكر الصديق فى المسجد اذ جاء رجل فلاث عليه لوثا من كلام و هو دهش فقال ابو بكر لعمر : قم فانظر فى شأنه فان له شأنا . فقام اليه عمر ، فقال له : ان ضيفا ضافنى فزنى بابنته ، فضرب عمر فى صدره و قال له : قبحك الله الا سترت على ابنتك ! فأمر بهما ابو بكر فضربا الحد ثم زوج احدهما الآخر ثم امر بهما ان يغربا حولا - انتهى .

(١) و اخرج البيهقى فى السنن من طريق الشافعى : ثنا سفيان حدثنى عبيد الله بن ابى يزيد عن ابيه ان رجلا تزوج امرأة و لها ابنة من غيره و له ابن من غيرها ففجر الغلام بالجارية فظهر بها حبل فلما قدم عمر رضى الله عنه مكة رفع ذلك اليه فسألهما فاعترفا لجلدهما عمر الحد و حرص ان يجمع بينهما فأبى الغلام - اه . و من طريق سعيد بن منصور ثنا هشيم انبأ الشيبانى عن الشعبى : ان جارية فجرت فأقيم عليها ثم انهم اقبلوا مهاجرين فتابت الجارية فحسنت توبتها وحالها فكانت تخطب الى عمها فيكره ان يزوجها حتى يخبر ما كان من امرها و جعل يكره ان يفشى ذلك عليها فذكر امرها لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال له : زوجها كما تزوجوا صالحى فتياتكم - اه . قال ابن حزم فى المحلى : هذا لا حجة لهم فيه لأن الأظهر انه كان بعد توبتها - اه . قلت : من اين علمت ان الأظهر هو كذا ؟! بل الأظهر عدمه لأنه لم يذكر فيه =

و بلغنا عن ابن عباس رضى الله عنهما[١] أنه سئل عن رجل يزنى بالمرأة

= لا صراحة و لا اشارة انه كان بعد التوبة . بل رواية البيهقى صريحة فى عدمه فان فيه « فجلدهما مائة ثم زوج احدهما الآخر مكانه » و ليس فيه انهما تابا اولا ثم زوجهما ! فهو حجة عليه . ثم قال : و هو حجة عليهم لأن فيه ان ابا بكر غربهما حولا ، و الحنفيون لا يرون تغريبا فى الزنا جملة ، و المالكيون لا يرون تغريب المرأة فى الزنا ، فهذا فعل ابى بكر و عمر بحضرة الصحابة - اه . قلت : ان الحنفية لم ينكروا التغريب ، كيف و هو ثابت ! بل لم يجعلوه جزأ من حد الزنا و داخلا فيه كما هو فى نص القرآن . فان فيه : جلد مائة من غير ذكر التغريب لا اشارة و لا كناية فضلا عن الصراحة ، و ما كان ربك نسيا ؛ بل هو عـلى رأى الامام ان رأى المصلحة فيه و الا لا ؛ و العطف فى الأحاديث يدل على انه ليس بداخل فى الحد ، اى الجلد و الرجم ، بل يمكن ان نقول انه منسوخ يدل عليه حديث البخارى من قول ابى هريرة رضى الله عنه : ان رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى فيمن زنى و لم يحصن بنفى عام و اقامة الحد - اه . فقد غاير بين الحد و النفى ، و يوضحه حديث آخر و هو قوله عليه الصلاة و السلام : و الثيب بالثيب جلد مائة و رجم ؛ فانه منسوخ عند الجميع ، فكذا قوله : البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عـام ؛ منسوخ كشطره الآخر . و قد روى عبد الرزاق فى مصنفه قال : غرب عمر رضى الله عنه ربيعة بن امية بن خلف فى الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر : لا اغرب بعده مسلما - اه . و قول على : حسبهما من الفتنة ان ينفيا - اه . و راجع لهذا البحث فتح القدير للمحقق عـلى الاطلاق تجد فيه شفاء للقلب . و فى الدر المختار : و لا جمع بين جلد و رجم فى المحصن ، و لا بين جلد و نفى اى تغريب فى البكر الا سياسة و تعزيرا فيفوض للامام - اه . فعلم به ان الحنفية قالوا به ، و لم ينكروه ، و لم ينفوا به رأسا - فافهم . و يأتى مزيد لذلك .

(١) قد عرفت غير مرة ان بلاغات الامام محمد رحمه الله تعالى مسندة ، و قد اسند =

هذا

= هذا البلاغ الامام محمد رحمه الله تعالى فيما يأتى من الكتاب، و فى الآثار للامام ابى يوسف من عدد ٦٠٤ ص ١٢١: قال: حدثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال فى ذلك: اوله سفاح و آخره نكاح - اه. و الحديث رواه البيهقى فى ج ٧ ص ١٥٥ من السنن بسنده عن سعيد بن منصور: ثنا سفيان حدثنى عبيد الله بن ابى يزيد قال سألت ابن عباس عن رجل فجر بامرأة أينكحها؟ فقال: نعم. ذلك حين اصاب الحلال؛ و عن محمد بن بشر عن سعيد ابن ابى عروبة عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما فى الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها بعد قال: كان اوله سفاح و آخره نكاح، و اوله حرام و آخره حلال؛ و عن سعيد عن قتادة عن جابر بن عبد الله و سعيد بن المسيب و سعيد بن جبير فى الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها فقالوا: لابأس بذلك اذا تابا و اصلحا و كرها ما كان؛ و عن يزيد بن هارون انبأ داود بن ابى هند عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما فيمن فجر بامرأة ثم تزوجها قال: اوله سفاح و آخره نكاح، لا بأس به؛ و عن يحيى بن ابى طالب انبأ عبد الوهاب بن عطاء انبأ سعيد عن ايوب عن سعيد بن ابى الحسن: ان ابن عباس رضى الله عنهما خرج عليهم و رأسه يقطر و قد كان حدثهم انه صائم فقال: انها كانت حسنة (لعل شيئا من العبارة سقط هاهنا) هممت بها و انا قاضيها يوما آخر و رأيت جارية لى فأعجبتنى فغشيتها. اما انى ازيدكم انها كانت بغت فأردت ان احصنها؛ و روى عن ابى مجلز عن ابن عباس انه قال: اعلم ان الله يقبل التوبة منهما جميعا كما يقبل منهما و هما متفرقان؛ و عن ابى هريرة رضى الله عنه انه قال: ان لم تنفعهما توبتهما جميعا لم تنفعهما و هما متفرقان: قال: و قرأ «ان الله هو يقبل التوبة عن عباده» انتهى. و الى حديث ابن عباس اشار ابن حزم فى المحلى و لم يخرجه بسنده. و قال الجصاص فى باب تزوج الزانية من احكام القرآن ج ٣ ص ٢٦٥. و اختلف السلف فى تزويج الزانية. فروى عن ابى بكر و عمر و ابن عباس و ابن مسعود =

أيحل له أن يتزوجها؟ قال: كان أوله سفاحا و آخره نكاحا. و لم يذكر استبراء و لا غيره، فلو كان لا يجوز نكاح حتى يستبرئ لقال ابن عباس

= و ابن عمر و مجاهد وسليمان بن يسار وسعيد بن جبير فى آخرين من التابعين ان من زنى بامرأة او زنى بها غيره فجائز له ان يتزوجها، و روى عن على و عائشة و البراء واحدى الروايتين عن ابن مسعود انهما لا يزالان زانيين ما اجتمعا. و عن على: اذا زنى الرجل فرق بينه و بين امرأته و كذلك هى اذا زنت: قال ابو بكر: فمن حظر نكاح الزانية تأول فيه هذه الآية. و فقهاء الأمصار متفقون على جواز النكاح، و ان الزنا لا يوجب تحريمها على الزوج، و لا يوجب الفرقة بينهما - انتهى. ثم تكلم على دأبه فى معنى الآية و مرادها فراجعه. و فى ج ٢ ص ١٨٧ من المدونة: ابن وهب عن ابن ابى ذئب عن شعبة مولى ابن عباس انه سمع رجلا يسأل ابن عباس قال: كنت اتبع امرأة فأصبت منها ما حرم الله علىّ ثم رزق الله منها توبة فأردت ان اتزوجها فقال الناس: ان الزانى لا ينكح الا زانية! فقال ابن عباس: ليس هذا موضع هذه الآية، انكحها فما كان فيه من اثم فعلى؛ قال ابن وهب: و اخبرنى رجال من اهل العلم عن معاذ بن جبل وجابر بن عبد الله و ابن المسيب و نافع وعبد الله ابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وحسين بن محمد بن على انهم قالوا: لا بأس ان يتزوجها؛ قال ابن عباس: كان اوله سفاحا و آخره نكاحا و من تاب تاب الله عليه؛ قال جابر و ابن المسيب: كان اول امرهما حراما و آخره حلالا؛ قال ابن المسيب: من تاب تاب الله عليه؛ قال ابن المسيب: لا بأس به اذا هما تابا و اصلحا وكرها ما كانا عليه، و قرأ ابن مسعود «و هو الذى يقبل التوبة عن عباده و يعفو عن السيئات و يعلم ما تفعلون» و قرأ «انما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب فأولئك يتوب الله عليهم» فلم ير به بأسا، و قال ذلك يزيد بن قسيط - انتهى. و ليس فى هذه الروايات ذكر الاستبراء الذى قال به اهل المدينة.

و أبو بكر و عمر رضى الله عنهم إنه لا يجوز ذلك حتى تستبرئ [1] ، و ما كان يدعون [2] هذا حتى يثبتون [3] ، و ما كانت مسألة ابن عباس إلا مرسلة [4] ، قيل له : رجل زنى بامرأة أيحل له أن يتزوجها ؟ قال : أوله سفاح [5] و آخره

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « يستبرئ » و هو الموافق لما فى المدونة : حتى يستبرئ رحمها من مائه الفاسد - اه .

(٢) كذا فى الأصول ، و الأولى « ما كانوا يدعون » تأمل .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « يثبتونه » باظهار ضمير المفعول . و لعل الصواب « حتى يثبتوه » .

(٤) اى مطلقة من غير قيد الاستبراء و غيره .

(٥) بكسر السين على وزان نكاح . فى مجمع البحار : اوله سفاح و آخره نكاح ، هو الزنا ، من سفحت الماء اذا صببته ، و دم مسفوح اى مهراق ، و اراد به ان المرأة تسافح رجلا مدة ثم يتزوجها و هو مكروه عند بعض الصحابة ، ش : السفاح بكسر سين ، نه : « مسافحين » زناة - انتهى . اعلم ان النكاح فى اصل اللغة الجمع بين الشيئين ثم يستعمل فى الوطئ حقيقة و فى معنى العقد من غير وطئ و فى الوطئ من غير عقد ، و هو السفاح . قال الجصاص فى احكام القرآن : عن الكوفيين و المبرد عن البصريين ان النكاح فى اصل اللغة الجمع بين الشيئين ، ثم وجدناهم قد سموا الوطأ نفسه نكاحا من غير عقد . كما قال الأعشى و غيره ، و لا يمتنع احد من اطلاق اسم النكاح على الوطئ . و قد يتناول الاسم العقد ايضا ، قال الله تعالى « اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن » و المراد به العقد دون الوطئ . و قال النبي صلى الله عليه و سلم : انا من نكاح و لست من سفاح ؛ فدل بذلك على معنيين : احدهما ان اسم النكاح يقع على العقد ، و الثانى دلالته على انه قد يتناول الوطأ من غير عقد ، و لولا ذلك لاكتفى بقوله : انا من نكاح ؛ اذ كان السفاح لا يتناول اسم النكاح بحال ، =

نكاح؛ و لو كان الأمر كما قال أهل المدينة لقال[١]: لا يحل له أن يتزوجها حتى يستبرئها من مائه! وكيف أغفل[٢] هذا فى قوله ابن عباس عند المسألة[٣]

= فدل قوله: و لست من سفاح؛ بعد تقديم ذكر النكاح ان النكاح يتناول الأمرين فبين صلى الله عليه و سلم انه من العقد الحلال لا من النكاح الذى هو سفاح، و لما ثبت بما ذكرنا ان الاسم ينتظم الأمرين جميعا من العقد و الوطئ و ثبت بما ذكرنا من حكم هذا الاسم فى حقيقة اللغة، و انه اسم للجمع بين الشيئين. و الجمع انما يكون بالوطئ دون العقد. اذ العقد لا يقع به جمع لأنه قول منهما جميعا لا يقتضى جمعا فى الحقيقة. ثبت ان اسم النكاح حقيقة للوطئ مجاز للعقد. و ان العقد انما سمى نكاحا لأنه سبب يتوصل به الى الوطئ تسمية الشيء باسم غيره اذا كان منه بسبب او مجاورا له، فوجب ان يحمل قوله تعالى «و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء» على الوطئ فاقتضى ذلك تحريم من وطئها ابوه من النساء عليه لأن النكاح اسم للوطئ و لم يختص ذلك بالمباح منه دون المحظور. و الوطؤ نفسه لا يختص عند الاطلاق بالمباح منه دون المحظور بل هو على الأمرين حتى يقوم الدلالة على تخصيصه. و قد اختلف اهل العلم فى ايجاب تحريم الأم و البنت بوطئ الزنا فروى عن عمران بن حصين فى رجل زنى بأم امرأته حرمت عليه امرأته، و هو قول الحسن وقتادة و ابن المسيب و سليمان بن يسار و سالم و مجاهد وعطاء و ابراهيم و عامر و حماد و ابى حنيفة و ابى يوسف و محمد و زفر و الثورى و الأوزاعى، و لم يفرقوا بين وطئ الأم قبل التزوج او بعده فى ايجاب تحريم البنت - انتهى مختصرا.

(١) يعنى ابن عباس رضى الله عنهما.

(٢) اى كتمه و لم يظهره، غفل الشيء: كتمه - كما فى المغرب. اى لم يظهر هذا فى قوله و لم يغفل ذلك، اى اظهره اهل المدينة او تركه ابن عباس فى قوله و لم يبين ان الاستبراء لا بد له منه و بينه اهل المدينة انه لازم و لا تحل له بدونه. و راجع مجمع البحار.

(٣) اى عند سؤال السائل.

 و لم

و لم يغفل ذلك أهل المدينة ؟

أخبرنا محمد قال أخبرنا سفيان بن عيينة[1] عن عبيد الله بن أبى يزيد قال: سألت ابن عباس رضى الله عنهما عن رجل أصاب المرأة حراما أيتزوجها؟ قال: ذلك حين أصاب[4] الحلال .

محمد قال: أخبرنا سفيان الثورى عن منصور بن المعتمر عن إبراهيم عن علقمة[5] سئل عن امرأة فجر بها رجل ثم تزوج بها فقال: «و هو الذى يقبل التوبة عن عباده و يعفو عن السيئات و يعلم ما تفعلون» .

(١) تقدم فى ابواب من الكتاب .

(٢) فى الأصول «عبد الله» و الصواب «عبيد الله بن ابى يزيد» كما فى التهذيب وسنن البيهقى و المحلى و المدونة ، و هو من رجال الستة ، و هو المكى ، مولى آل قارظ بن شيبة ، روى عن ابن عباس و ابن عمر و ابن الزبير و ابى لبابة بن عبد المنذر و الحسين ابن على بن ابى طالب و ابيه ابى يزيد و مجاهد و نافع بن جبير بن مطعم وسباع بن ثابت و عبد الرحمن بن طارق بن علقمة و غيرهم و روى عنه ابنه محمد و ابن المنكدر و هو اكبر منه و ابن جريج و ورقاء بن عمر و حماد بن زيد و سفيان بن عيينة و آخرون ، قال ابن المدينى و ابن معين و العجلى و ابو زرعة و النسائى : ثقة ، و قال ابن سعد : ثقة كثير الحديث ، قال ابن عيينة : مات سنة ست و عشرين و مائة و له ٨٦ سنة ، قلت : ذكره ابن حبان فى الثقات - قاله الحافظ فى التهذيب .

(٣) اخرجه البيهقى عن سعيد بن منصور عن سفيان به مثله ، و فيه «قال نعم ذلك» و لعل «نعم» سقط من الأصول من قلم الكاتب .

(٤) كذا فى الأصول و هو الصحيح المطابق لما فى سنن البيهقى .

(٥) هو ابن قيس ، من فقهاء اصحاب ابن مسعود و ازكاهم و احفظهم ، تقدم فيما قبل من الأبواب . و فى ج ٧ ص ١٥٦ من سنن البيهقى من طريق سعيد عن قتادة عن =

باب الرجل يسلم وعند أربع نسوة و أكثر[1] وطلاق المشرك

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه: إذا أسلم رجل و عنده خمس نسوة أو أختان[2] فان كان تزوج[3] ذلك فى عُقَـد[4] متفرقة فنكاح الأربع

= عزرة عن الحسن العرنى عن علقمة بن قيس ان رجلا اتى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فقال: رجل زنى بامرأة ثم تابا و اصلحا أله ان يتزوجها؟ فتلا هذه الآية «ثم ان ربك للذين عملوا السوء بجهالة ثم تابوا من بعد ذلك و اصلحوا ان ربك من بعدها لغفور رحيم» قال: فرددها عليه مرارا؛ حتى ظن انه قد رخص فيها؛ و عن يزيد بن هارون: ثنا ابو جناب الكلبي عن بكير بن الأخنس عن ابيه قال: قرأت من الليل «و هو الذى يقبل التوبة عن عباده و يعفو عن السيئات و يعلم ما تفعلون» فشككت فلم ادر كيف أقرأها «تفعلون» او «يفعلون» فغدوت على عبد الله بن مسعود و انا اريد ان اسأله كيف اقرأها فبينا انا جالس عنده اذ اتاه رجل يسأله عن الرجل يزنى بالمرأة ثم يتزوجها فقرأ عليه «و هو الذى يقبل التوبة عن عباده و يعفو عن السيئات و يعلم ما تفعلون» و عن سعيد بن منصور ثنا خلف بن خليفة ثنا ابو جناب يحيى بن ابى حية الكلبي بهذه القصة و قال: أيتزوجها؟ و روى ابراهيم بن مهاجر عن النخعى عن همام بن الحارث عن عبد الله بن مسعود فى الرجل يفجر بالمرأة ثم يريد ان يتزوجها قال: لا بأس بذلك - انتهى.

(١) كذا فى الأصول بالواو، و معناه صحيح. لكن الأولى «او اكثر» بحرف «او» الترديدية.

(٢) فى الأصول «اختين» و هو ليس بصواب، لأن محله الرفع. معطوف على «خمس نسوة» و هو مرفوع.

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «تتزوج» بتاءين و هو محرف، و الصحيح «تزوج» ماضيا كما فى الأصل.

(٤) قوله «عقد» كذا فى الهندية، و كان فى الأصل «عقدة» و ليس بصواب.

الأول[١] من الخمس جائز و نكاح الخامسة فاسد، لأنه تزوجها على أربع فكان أصل نكاحها حراما فلا يحله الاسلام. وكذلك الأختان[٢] إن تزوجهما فى عقدين متفرقين فنكاح الأولى جائز و نكاح الآخرة فاسد، لأن أصل عقدة نكاحها كان فاسدا فلا يصلحه الاسلام. لأنه تزوج أختا على أخت فلا يحل نكاح الثانية أبدا وعنده أختها. و إن كان قد تزوج الخمس فى عقدة واحدة ثم أسلم فنكاحهن جميعا فاسد فلا يحله الاسلام. و قال أهل المدينة: إذا أسلم الرجل وعنده أكثر من أربع نسوة فانه يمسك أيتهن شاء الأولى أو الآخرة فى النكاح[٣] الأربع و يفارق سائرهن[٤].

(١) فى الأصول «الأولى»، و فى موطأ محمد «الأول» بالجمع، و هو المناسب للمقام.

(٢) فى الأصول «لأختين»، و الصواب «الأختان» بالرفع.

(٣) كذا فى الأصول «و الآخرة فى النكاح» معرفا باللام، و تأمل فيه، و لعل الصواب «فى نكاح الأربع» بالاضافة.

(٤) و هو الموافق للحديث، و به قال مالك و الشافعى و احمد - كما فى التعليق عن رحمة الأمة. و هو مذهب الامام محمد رحمه الله تعالى - كما فى الموطأ فانه قال فى باب الرجل يكون عنده اكثر من اربع نسوة فيريد ان يتزوج بعد رواية حديث الثقفى من طريق مالك عن ابن شهاب الذى فيه التخيير: قال محمد: و بهذا نأخذ. يختار منهن اربعا ايتهن شاء و يفارق ما بقى، و اما ابو حنيفة فقال: نكاح الأربع الأول جائز. و نكاح من بقى منهن باطل؛ و هو قول ابراهيم النخعى - انتهى. و فى الدر المختار: و خير محمد و الشافعى عملا بحديث فيروز - اه. قال العلامة ابن عابدين رحمه الله فى ذيله: اى خير محمد هذا الذى اسلم فى اختيار الأربع مطلقا اى اربع نسوة اىّ اربع كانت، و خيره ايضا فى اختيار اى الأختين شاء، و البنت اى يختار البنت فى هذه الصورة لا الأم او يتركهما جميعا لأنه روى ان غيلان الديلمى اسلم و تحته عشر =

= نسوة اسلمن معه فخيره النبي صلى الله عليه و سلم فاختار اربعا منهن؛ و كذا فيروز الديلمى اسلم و تحته اختان فخيره فاختار احداهما ، و انما يختار البنت لأن نكاحها أمنع فى نكاح الأم من نكاح الأم لها - انتهى . و من ههنا ظهر لك ان ما قال المحشى فى تعليقه عــلى الهندية من انه رجع الى قول استاذه ! ليس كما ينبغى ، و الرجوع عنه لم يثبت بعد ؛ اللهم ! الا ان يقال : ان فى هذه المسألة عنه روايتين : احداهما ما فى كتاب الحجة ، و الأخرى ما فى الموطأ ، و لذا نصر مذهب استاذه و قواه و ألزم بها لكونها موافقة للفقه و اصوله - كما لا يخفى على فحوله . قال فى البدائع : و لأبى حنيفة و ابى يوسف ان الجمع محرم على المسلم و الكافر جميعا لأن حرمته ثبتت لمعنى معقول و هو خوف الجور فى ايفاء حقوقهن و الافضاء الى قطع الرحم على ما ذكرنا فيما تقدم ، و هذا المعنى لا يوجب الفصل بين المسلم و الكافر الا انه لا يتعرض لأهل الذمة مع قيام الحرمة لأن ذلك ديانتهم و هو غير مستثنى من عهودهم ، و قد نهينا عن التعرض لهم عن مثله بعد اعطاء الذمة ، و ليس لنا ولاية التعرض لأهل الحرب فاذا اسلم فقد زال المانع فلا يمكن من استيفـاء الجمع بعد الاسلام فاذا كان تزوج الخمس فى عقدة واحدة فقد حصل نكاح كل واحدة منهن جميعا اذ ليست احداهن بأولى من الأخرى و الجمع محرم و قد زال المانع من التعرض فلا بد من الاعتراض بالتفريق ، و كذلك اذا تزوج الأختين فى عقدة واحدة لأن نكاح واحــدة منهما حصـل جمعا اذ ليست احداهما بأولى من الأخرى ، و الاسلام يمنع من ذلك ، و لا مانع من التفريق فيفرق ، فأما اذا كان تزوجهن على الترتيب فى عقـد متفرقة فنكاح الأربع منهن وقع صحيحا لأن الحر يملك التزوج بأربع نسوة مسلما كان او كافرا و لم يصح نكاح الخامسة لحصوله جمعا فيفرق بينهما بعد الاسلام ، و كذلك اذا كان تزوج الأختين فى عقدتين فنكاح الأولى وقع صحيحا اذلا مانـع من الصحة و بطل نكاح الثانية لحصوله جمعـا فلا بد من التفريق بعد الاسلام ، و أما الأحـاديث ففيها اثبات الاختيار للزوج =

و قال

و قال محمد : وكيف جاز له أن يمسك الخامسة و قد تزوجها بعد الأربع ؟ قالوا : لأن نكاح الشرك ليس كنكاح الاسلام . قيل لهم : فما تقولون فى رجل طلق امرأته ثلاثا و هما مشركان ثم تزوجها قبل أن تنكح زوجا غيره ثم أسلما أيكونان على نكاحهما ؟ ينبغى فى قولكم أن تزعموا أن النكاح جائز ! قالوا : نعم ، النكاح جائز . قيل لهم : أرأيتم مشركا تزوج امرأة فدخل بها ثم ماتت فتزوج ابنتها ثم أسلما أيكونان على نكاحهما ؟ قالوا : لا . قيل لهم : فهذا ترك لقولكم[١] ، ينبغى أن تزعموا أنه لا بأس به لأنه تزوج الأم و دخل بها فى الشرك[٢] فينبغى أن لا يكون[٣] باطلا فى قولكم !

= المسلم . لكن ليس فيها ان له ان يختار ذلك بالنكاح الأول او بنكاح جديد ، فاحتمل انه اثبت له الاختيار لتجدد العقد عليهن ، و يحتمل انه اثبت له الاختيار فيمسكهن بالعقد الأول فلا يكون حجة مع الاحتمال ، مع انه قد روى ان ذلك كان قبل تحريم الجمع فانه روى فى الخبر ان غيلان اسلم و قد كان تزوج فى الجاهلية ، و روى عن مكحول انه قال : كان ذلك قبل نزول الفرائض ، و تحريم الجمع ثبت بسورة النساء الكبرى و هى مدنية ، و روى ان فيروز لما هاجر الى النبى صلى الله عليه و سلم قال له : ان تحتى اختين ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : ارجع فطلق احداهما ؛ و معلوم ان الطلاق انما يكون فى النكاح الصحيح فدل ان ذلك العقد وقع صحيحا فى الأصل ، فدل انه كان قبل تحريم الجمع و لا كلام فيه - انتهى . و فيه زيادة على ذلك فراجع اليه ، و راجع الجزء الخامس من مبسوط السرخسى ص ٥٣ - ٥٦ ؛ و فى الدر المختار : قلنا : كان تخيره فى التزوج بعد الفرقة - اه ؛ اى التزوج بعقد جديد اه رد المحتار ج ٢ ص ٥٤٦ فراجعه .

(١) اى ان نكاح الشرك ليس كنكاح الاسلام .

(٢) و نكاح الشرك ليس كنكاح الاسلام فيجوز عندكم ، و لا يكون باطلا . =

أرأيتم رجلا تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى تزوج أمها و هم مشركون جميعا ثم أسلم[١] فأراد أن يقيم على الأم و يدع البنت أيكون ذلك له[٢] و قد حرم الله نكاح الأم إذا تزوج الابنة؟ قال تعالى «و أمهات نسآئكم» مبهمة[٣]! أرأيتم إذا تزوج الأم فلم يدخل بها حتى تزوج الابنة ثم أسلما[٤] جميعا أيحل له أن يختار أيتهما شاء إن شاء الأولى و إن شاء الأخرى يقيم[٥] عليها! و إنما الأمر فى هذا أن ما[٦] كان من ذلك حراما فى حكم المسلمين[٧] و أسلموا لم يزد الاسلام ذلك إلا شدة؛ وكذلك جاءت الآثار فى طلاق[٨] أهل الشرك، إنه كان يقال: لم يزده الاسلام إلا شدة؛ و لئن كان هذا جائزا

= و الحال انه باطل.   (٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «ان يكون» بدون حرف النفى و ليس بصواب.

(١) كذا فى الأصول «اسلم» بالافراد، و المقام يقتضى الجمع «ثم اسلموا» اى الرجل و الأم و البنت، و الا لزم نكاح المسلم بالمشركة و هو حرام بالنص.

(٢) يعنى لا يحل له ذلك، كيف و قد حرم الله تعالى امهات نسائكم - الخ.

(٣) يعنى دخلتم بنسائكم ام لا، على كل حال امهاتها حرام عليكم.

(٤) كذا فى الأصل، و فى الهندية «ثم اسلم» بالافراد، و الأولى «ثم اسلموا» بالجمع على مقتضى قوله «جميعا» تأمل.

(٥) كذا فى الأصول، و لعل الصواب «ان يقيم».

(٦) فى الأصول «انما» و هى توهم معنى آخر، و الصواب ههنا «ان ما» بأن التاكيد و ما الموصوله.

(٧) كذا فى الأصول، و لعل العبارة الآتية سقطت منها و هى «فهو حرام فى الكفار» و الله اعلم.

(٨) و فى الأصول «اطلاق» و هو خطأ و الصواب طلاق.

ينبغي أن لا يحرم نكاح الشرك إذا تزوج أخته من الرضاعة ثم أسلم و قد كانت الرضاعة فى الشرك ا فهذا مما لا يجوز .

أخبرنا محمد بن الحسن قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا حماد عن إبراهيم النخعي فى اليهودى و النصرانى و المجوسى يطلقون نساءهم[1] ثم يسلمون؟

(١) فى آثار الامام ابي يوسف ص ١٣١ عدد ٦٠٢ : قال : حدثنا يوسف عن ابيه عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال فى النصرانى و اليهودى و المجوسى يظاهر من امرأة او يطلق ثم يسلم : ان الاسلام لا يزيده الا شدة - انتهى . و اخرجه الامام محمد فى كتاب الآثار فى باب النصرانى و اليهودى و المجوسى يطلقون نساءهم : محمد قال : اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فى اليهودى و النصرانى و المجوسى يطلقون نساءهم ثم يسلمون قال : هم على طلاقهم لم يزدهم الاسلام الا شدة ؛ قال محمد : و به نأخذ وهو قول ابي حنيفة رحمه الله - اه . و صح . ذلك كما فى ج ١٠ ص ٢٠٢ من المحلى عن عطاء و عمرو بن دينار و فراس الهمدانى و الزهرى و النخعى و حماد بن ابى سليمان اجازة طلاق المشرك ، و هو قول الأوزاعى و ابي حنيفة و الشافعى و اصحابهما ، و روى عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن دينار قال : لقد طلق رجال نساء فى الجاهلية ثم جاء الاسلام فما رجعن الى ازواجهن - انتهى . قال ابن حزم : و قد اختلف الناس فى هذا ، فرويناه من طريق قتادة ان رجلا طلق امرأته طلقتين فى الجاهلية و طلقة فى الاسلام فسأل عمر فقال له عمر : لا آمرك و لا انهاك ، فقال له عبد الرحمن ابن عوف : لكني آمرك ليس طلاقك فى الشرك بشيء ؛ و بهذا كان يفتى قتادة ، و صح عن الحسن و ربيعة ، وهو قول مالك و ابى سليمان و اصحابهما - اه . و راجع باب نكاح اهل الشرك وطلاقهم من سنن البيهقى ج ٧ ص ١٩٠ . و ابن حزم اجاز جميع تصرفات اهل الشرك من النكاح و البيع و الرهن و الهبة و الشفعة و الصدقة و العتق و الشراء و المؤاجرة الا انه قال : و لا يلزم المشرك طلاقه ؛ و استدل لذلك بقوله صلى الله عليه و سلم : =

قال: هم على طلاقهم، لم يزدهم الاسلام إلا شدة.

محمد قال: أخبرنا سفيان الثورى قال حدثنا فراس[1] عن الشعبى فى رجل

= من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد؛ و قول الله عز و جل « و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » قال: فصح بهذين النصين ان كل من عمل بخلاف ما امر الله عز وجل به او رسوله صلى الله عليه و سلم فهو باطل لا يعتد به - اه. و انت تعلم ان الله عز و جل لم يمنع عن الطلاق و لا رسوله! فكيف كان خلاف ما امر الله به و رسوله و قد اثبت رسول الله صلى الله عليه و سلم عقد نكاح الشرك و اقر اهله عليه فى الاسلام! لم يجز الا ان يثبت طلاق الشرك لأن الطلاق يثبت بثبوت النكاح و يسقط بسقوطه فكيف اجاز النكاح و لم يجز الطلاق و ابطل اختيار اهل الشرك المختار فى افعاله؟! هذا عجيب جدا، و اعجب منه انه سامحه الله تعالى اضاف المنع الى الله عز و جل، تعالى عن ذلك علوا كبيرا! و لم يرد فى القرآن قط ان طلاق المشرك لا يجوز و لا يلزم عليه، فهذا افتراء منه على الله و رسوله و كذب منه: ثم قال: و لم يأت فى امضاء الطلاق نص فثبت على اصله. قلت: و لم يأت فى المنع نص فثبت على اصله انه اذا جاز نكاحه جاز طلاقه ايضا لأنه يترتب على جواز النكاح، و ابن قتادة عن عمر! فهو منقطع عنده لا يعبأ به كما قال، و ابن عمرو بن دينار من الجاهلية. و عطاء و عمرو ابن دينار و فراس الهمدانى و الزهرى و النخعى و غيرهم اعلم منه بذلك، و قد روى عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن دينار قال: لقد طلق رجال نساء فى الجاهلية ثم جاء الاسلام فما رجعن الى ازواجهن؟ و المرسل عندنا حجة، و قد طلق ابن ابى لهب بنت رسول الله صلى الله عليه و سلم و اجازه صلى الله عليه و سلم ثم زوجها من عثمان رضى الله عنه. كما فى كتب الحديث، و هو الطلاق من المشرك - تأمل.

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية « يونس » مكان « فراس » و هو الصواب، و يونس و فراس كلاهما يرويان عن الشعبي، و فراس من اصحابه. و مذهبه ان طلاق المشرك =

طلق امرأته فى الشرك ثم أسلم قال: لم يزده الاسلام إلا شدة و حدة[١].

= فى الجاهلية بعد الاسلام يلزمه - كما تقدم من المحلى. و الثورى يروى عنه ايضا كما يروى عن يونس بن ابى اسحاق السبيعى، و يونس من رجال مسلم و الأربعة، و هو الهمدانى السبيعى ابو اسرائيل الكوفى، روى عن ابيه و انس و ابى بردة و ابى بكر ابنى ابى موسى الأشعرى و ابى السفر سعيد بن محمد و عامر الشعبى و الحسن البصرى و محارب بن دثار و جماعة آخرون. و عنه ابنه عيسى و الثورى و ابن المبارك و ابن مهدى و القطان و وكيع و آخرون كثيرون - كما فى التهذيب؛ قال ابن معين: ثقة، و قال النسائى: ليس به بأس، و قال ابو حاتم: صدوق الا انه لا يحتج بحديثه، و قال ابن عدى: له احاديث حسان، و روى عنه الناس، وحديثه اهل الكوفة عامته تدور على ذلك البيت. و ذكره ابن حبان فى الثقات، و قال ابن سعد: ثقة، و قال الساجى: صدوق، و قال العجلى: جائز الحديث، و تكلم فيه احمد، وضعفه بعضهم، و اقوالهم فى التهذيب؛ مات سنة تسع و خمسين و مائة، و قال ابن المدينى: مات سنه اثنتين، و قيل: سنة ثمان و خمسين؛ و اما فراس الهمدانى فهو من رجال الستة، و هو ابن يحيى الهمدانى الخارفى، ابو يحيى الكوفى المكتب، روى عن الشعبى و عطية العوفى و ابى صالح السمان و فديك بن عمارة، و عنه منصور بن المعتمر و هو من اقرانه و زكريا بن ابى زائدة وشعبة وشيبان وسفيان الثورى و الحسن بن عمارة و ابوعوانة و شريك و غيرهم؛ قال احمد و ابن معين و النسائى: ثقة، و قال ابو حاتم: شيخ ما بحديثه بأس، و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال: مات سنة تسع و عشرين ومائة، و كان متقنا، و قال العجلى: كوفى ثقة من اصحاب الشعبى فى عداد الشيوخ ليس بكثير الحديث؛ و راجع التهذيب.

(١) كذا فى الهندية بزيادة لفظ «وحدة» بكسر الحاء المهملة وشدة الدال بمعنى الشدة، و فى الأصل «حدا».

محمد قال: أخبرنا الثقة [١] من أصحابنا عن عبد الله بن لهيعة [٢] عن خالد ابن أبي عمران [٣] عن القاسم [٤] و سالم [٥] فى رجل أسلم و تحته ثمان نسوة قال:

(١) قيل: المراد به الامام ابو يوسف القاضى شيخ الامام محمد، و لى فيه تأمل، و راجع «حسن التقاضى فى سيرة الامام ابى يوسف القاضى» للشيخ العلامة الكوثرى.

(٢) و هو مختلف فيه، و الكلام فيه جرحا و تعديلا من الفريقين مبسوط فى ميزان الاعتدال و تهذيب التهذيب و غيرهما من كتب الرجال، و نبذ منه قد تقدم فى الكلام على بعض الأسانيد فى الكتاب فتذكره.

(٣) فى الأصول «خالد بن ابى عمر» و الصواب «ابى عمران» هو التجيبى مولاهم ابو عمر التونسى، قاضى افريقية، من رجال مسلم و ابى داود و الترمذى و النسائى، روى عن عبد الله بن عمر مرسلا و عن عبد الله بن الحارث بن جزء و سالم بن عبد الله ابن عمر و نافع مولى ابن عمر وحنش الصنعانى و وهب بن منبه و سعد بن اسحاق بن كعب و القاسم ابى عبد الرحمن الشامى و عبد الرحمن بن البيلمانى و عروة بن الزبير و الأعمش و هو من اقرانه، و عنه يحيى بن سعيد الأنصارى و عبيد الله بن ابى جعفر و الليث بن سعد و ابو شجاع سعيد بن يزيد القتبانى و عبيد الله بن زحر و عمرو بن الحارث و ابن لهيعة وعبد القاهر بن عبد الله وجماعة. قال ابن سعد: كان ثقة ان شاء الله، و كان لا يدلس، و قال ابو حاتم: لا بأس به، و قال ابن يونس كان فقيه اهل المغرب ومفتى اهل مصر و المغرب، وكان يقال: انه مستجاب الدعوة، توفى بافريقية سنة ١٢٩، قال: و قال ربيعة الأعرج: توفى بافريقية سنة ١٢٥؛ و قال العجلى: ثقة، و ذكره ابن حبان فى الثقات. و قال ابو حاتم: لم يسمع من ابى امامة - انتهى.

(٤) هو القاسم بن محمد بن ابى بكر الصديق. المدنى، من فقهاء المدينة، قال ابن سعد: ثقة رفيع عالم فقيه ورع، مات سنة ست و مائة على الصحيح، كذا قال السيوطى و غيره - كذا فى التعليق الممجد.

(٥) هو ابن عبد الله بن عمر بن الخطاب. ابو عمر او ابو عبد الله، الفقيه المدنى، =

نكاح الأربع الأول جائز، و نكاح الأربع الأواخر باطل . و قال محمد بن الحسن: هذا قول إبراهيم و أبي حنيفة رضى الله عنهما[1] .

باب الرجل يكون عنده أربع نسوة فيطلق واحدة بائنة[2] إنه لا يتزوج أخرى حتى تنقضى عدة التي طلق

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى الرجل المسلم يكون عنده أربع نسوة فيطلق واحدة[3] طلاقا بائنا: إنه لا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عدة الرابعة، وكذلك الرجل يكون تحته امرأة قد دخل بها فيطلقها طلاقا

= قال مالك: لم يكن احد فى زمانه اشبه بمن مضى من الصالحين فى الزهد و الفضل منه، قال العجلى: مدنى تابعى ثقة. قال احمد و اسحاق بن راهويه: اصح الأسانيد ابن شهاب عن سالم عن ابيه. مات على الأصح سنة ست و مائة ١٠٦ - كذا فى التهذيب. و هو من رجال الستة و فقهاء السبعة بالمدينة كالقاسم بن محمد.

(١) تصريح بأنه قول ابي حنيفة و ابراهيم النخعي. و هو مطابق لما فى الموطأ، كما تقدم النقل من الموطأ من قبل فتذكره.

(٢) كذا فى الأصول « واحدة بائنة » و الصواب « فيطلق واحدة منهن طلقة بائنة - او: طلاقا بائنا » كما لا يخفى.

(٣) اى واحدة منهن لبقاء العدة و احكام الزوجية الحبس و المنع من التزويج، و لحوق النسب و الكسوة و النفقة ان كانت حاملا، و هذه الأحكام من متعلقات النكاح فيلزم الجمع بين الأختين و الجمع بين خمس نسوة و هو لا يجوز، و المراد بالعدة عدة الطلاق من النكاح لا ما زعمه ابن حزم من سوء فهمه و اعترض علينا بعدة ام الولد من عدم الفرق بين العدتين، و له عجائب فى المحلى بسبب عدم التفقه و التدبر فى كلام الأئمة. وكم من عائب قولا صحيحا؟ و آفته من الفهم السقيم.

بائنا إنه لا يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها [١] . و قال أهل المدينة : لا بأس بذلك كله .

---

(١) و هو مروى عن على بن ابى طالب، وصح عن ابن عباس وعن سعيد بن المسيب ايضا و احد قولى ابى عبيدة بن نضلة و عبيدة السلمانى وصح عن الشعبي والنخعي وغيرهم، و هو قول ابى حنيفة و اصحابه و سفيان الثورى و الحسن بن حي و احمد بن حنبل، واحد قولى الأوزاعى، وصح عن الحسن اباحة ذلك الا ان تكون التى طلق حبلى - كذا فى المحلى . قال فى الجوهر النقى : و قد اختلف عن القاسم و سالم ، كذا ذكره صاحب الاستذكار ، و قد جاء عن ابن المسيب بسند صحيح على شرط الجماعة خلاف هذا . قال ابن ابى شيبة : حدثنا ابن عيينة عن عبد الكريم هو الجزرى عن سعيد بن المسيب قال: لا يتزوج حتى تنقضى عدة التى طلق، و رواه عبد الرزاق عن ابن جريج و الثورى عن الجزرى عن ابن المسيب ، و عن معمر عن الجزرى عن ابن المسيب انه كرهها ، قال : و يقولون فى الأختين مثل ذلك ، و قال ابن حزم : صح ذلك عن ابن عباس و ابن المسيب و الشعبي و النخعي و غيرهم ، و قد ثبت عن الحسن و عطاء بن ابى رباح خلاف ذلك ، قال ابن ابى شيبة : ثنا عبد الأعلى عن يونس هو ابن عبيد عن الحسن انه كان يكره ان يتزوج حتى تنقضى عدة التى طلق ، و به ايضا عن الحسن كان يكره اذا كانت له امرأة فطلقها ثلاثا ان يتزوج اختها حتى تنقضى عدة التى طلق ، و هذا السند على شرط الجماعة ، و له ايضا بسند صحيح عن عطاء سئل عن رجل كان تحته اربع نسوة وطلق احداهن ثلاثا أيتزوج خامسة ؟ قال : حتى تنقضى عدة التى طلق ، و روى مثل هذا عن جماعة من الصحابة و التابعين و من بعدهم ، و روى ابن ابى شيبة بسند لا بأس به عن على قال : لا يتزوج خامسة حتى تنقضى عدة التى طلق ، و له ايضا بسند صحيح عنه سئل عن رجل طلق امرأة فلم تنقض عدتها حتى تزوج اختها ففرق على رضى الله عنه بينهما و جعل لها الصداق بما استحل من فرجها =

= و قال: تكمل الأخرى عدتها و هو خاطب، و له ايضا ان عتبة بن ابي سفيان كانت عنده اربع نسوة فطلق احداهن ثم تزوج خامسة قبل ان تنقضى عدة التى طلق فسأل مروان ابن عباس فقال: لا حتى تنقضى عدة التى طلق، و له ايضا بسند صحيح عن عمرو بن شعيب قال: طلق رجل امرأته ثم تزوج اختها فقال ابن عباس لمروان: فرق بينه و بينها حتى تنقضى عدة التى طلق و فى مصنف عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب اتى مروان و هو امير فى رجل كان عنده اربع نسوة فطلق واحدة فبتها ثم نكح الخامسة فى عدتها فناداه ابن عباس و هو جالس فى طائفة الدار: لا فرق بينهما حتى تنقضى عدة التى طلق، و فيه عن معمر عن ايوب عن ابى قلابة قال: كان للوليد بن عتبة اربع نسوة فطلق امرأة منهن ثلاثا ثم تزوج قبل انقضاء عدتها ففرق مروان بينهما و فيه عن الثورى عن ابى الزناد عن سليمان بن يسار و لا اعلمه الا عن زيد بن ثابت قال: اذا طلق الرابعة فلا يتزوج حتى تنقضى عدة التى طلق، و قال ابن ابى شيبة فى باب من كره ان يتزوج خامسة حتى تنقضى عدة التى طلق: ثنا ابن علية عن سفيان عن ابى الزناد عن سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت ان مروان سأله عنها فكرهها، و له بسند صحيح عن عبيدة: لا يحل له ان يتزوج الخامسة حتى تنقضى عدة التى طلق، و له بأسانيد صحيحة عن مجاهد و ابن ابى نجيح و النخعى و ابى صادق مثل ذلك، و له ايضا عن الشعبى سئل عن رجل نكح امرأة ثم طلقها ثم تزوج اختها فى عدتها قال: يفرق بينهما؛ و فى الاستذكار: عند الثورى و ابى حنيفة و اصحابه لايتزوج فى العدة اى عدة الرابعة، و روى ذلك عن على و زيد بن ثابت وعبيدة وعمر بن عبد العزيز و مجاهد و ابراهيم - انتهى. عند اصحابنا عشرون موضعا يتربص الرجل فيها عن التزوج الى انقضاء العدة، مذكورة فى كتب الفقه. و عدها مختصرا فى رد المحتار، و قد عد ابن حزم فى المحلى فى المجوزين: سعيد بن المسيب و عطاء بن ابى رباح و الحسن و زيد بن ثابت و القاسم بن محمد؛ و هو كما ترى مخالف لما فى الاستذكار و مصنف =

و قال محمد : و قد جاءت الآثار بخلاف ما قال أهل المدينة ، و كيف جاز لرجل أن يتزوج خامسة و أربع حوامل منه[1] فيكون ماؤه فى رحم[2] خمس نسوة و عشر نسوة من نكاح ! أرأيتم رجلا تحته أربع نسوة و قد دخل

= ابن ابى شيبة و مصنف عبد الرزاق ، و لم يقدر على اقامة برهان على ما ذهب اليه من جواز التزوج فى العدة الا اجتهاده فى الآية مخالفا للفقهاء حيث قال : لأن الله تعالى لم يمنع من الجمع بينهما فى شىء الا فى استحلال الوطء فقط ؛ قلت : قال الله تعالى « و ان تجمعوا بين الأختين » الآية . اطلق الجمع بينهما نكاحا كان او وطأ أو عدة و لم يقيده بشىء ، و ما كان ربك نسيا ، فالجمع منهى عنه بينهما كيف ما كان . فلا حق لابن حزم ان يخص الآية و يقتصر على استحلال الوطء فقط ؛ و كذا قوله تعالى « مثنى و ثلاث و رباع » مقتصر على الأربع ، و دلالة النص و اقتضاؤه كلاهما شامل لمنع الخامسة نكاحا كان او عدة ، و ليس بداخل « و احل لكم ما وراء ذلكم » كما فهم هو ، و لم يذكر سند ما روى عن عثمان رضى الله عنه حتى ينظر فيه ، و كذا ما نسب الى زيد بن ثابت رضى الله عنه ، و قد ثبت المنع عن على و ابن عباس و زيد بن ثابت بأسانيد صحيحة فعليها المعول على زعم ابن حزم - هذا .

(١) كذا فى الأصول « حوامل » ، و فى موطأ محمد بعد رواية اثر القاسم و عروة من طريق مالك : قال محمد : لا يعجبنا ان يتزوج خامسة و ان بت طلاق احداهن حتى تنقضى عدتها ، لا يعجبنا ان يكون ماؤه فى رحم خمس نسوة حرائر ، و هو قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى و العامة من فقهائنا - انتهى . فعندى الصواب « حرائر » مكان « حوامل منه » و قوله « منه » زيادة زادها الناسخ سهوا ، او بمعنى « عنده » او تصحيف - تأمل . و معنى « حوامل منه » ايضا صحيح بعد التأمل - و الله تعالى اعلم بمراد عباده .

(٢) كذا فى الأصول ، و هو مطابق لما فى الموطأ .

بهن فطلقهن ثلاثا فى مرضه[1] ثم برئ أليس له أن يتزوج أربعا و هن فى العدة؟ فان قالوا: بلى . قيل لهم: فانه[2] تزوج أربعا ثم مات فمن يرثه[3] منهن؟ فان قالوا: يرثه الأول . قيل لهم: فكيف لم يرثه الأواخر وهن نساؤه و يحل له جماعهن؟ فان قالوا: لأنه إذا دخل[4] الأواخر على الأول فلا يكون له ذلك . قيل لهم: هذا مما فيه ترك لقولكم، ينبغى لمن أجاز النكاح أن يجعلهن شركاء فى الميراث؛ أرأيتم لو مات قبل أن يدخل بالأربع الأواخر أليس

(١) قال المعلق فى تعليقه على الأصل: «مرضه» اى مرض الموت، فالطلاق فيه لا يحرم المطلقة من الميراث ما دامت فى العدة، و اما بعد العدة فلا ميراث لها، و الطلاق سواء كان رجعيا او بائنا او ثلاثا ما لم تطلبه المرأة، و يقيده الشافعى بالرجعى فقط - انتهى . قلت: فى الطلاق الرجعى ترثه مطلقا سواء كان طلاقه لها فى صحته او مرضه برضاها او بدونه، كما فى البدائع، فأيهما مات و هى فى العدة يرثه الآخر، بخلاف ما بعد العدة لأنه زال النكاح، و القول لها فى أنه مات قبل انقضاء العدة. فالعموم فى قول المعلق ليس فى محله، و موضوع المسألة فى من طلق فى مرضه ثم برئ هل ترث ام لا؟ و قد صرح فى الدر المختار من غالب حاله الهلاك بمرض او غيره بأن اضناه عجز به عن اقامة مصالحه خارج البيت هو الأصح، او بارز رجلا اقوى منه، او قدم ليقتل من قصاص او رجم فار بالطلاق لا يصح تبرعه الا من الثلث، فلو ابانها طائعا بلا رضاها و هو كذلك بذلك الحال و مات فيه ورثت هى منه، فلو صح ثم مات فى عدتها لم ترث بذلك السبب - انتهى مختصرا مع تغيير ج ٢ ص ٨٠٦ .

(٢) كذا فى الأصول «فانه» لكن عندى الصحيح «فان» الشرطية - كما لا يخفى .

(٣) كذا فى الأصول بالغيبة بلحاظ كلمة «من» و الا فالأولى «ترثه» بالتأنيث .

(٤) كذا فى الأصول «دخل» من المجرد، فعلى هذا «الأواخر» فاعله، و الأولى «ادخل» من الادخال المزيد من باب الافعال و فاعله الرجل و «الأواخر» مفعوله .

عليهن عدة من أزواجهن ؟ قالوا : بلى . قيل لهم : فكيف كن نساءه[1] و أنتم تزعمون أن الأول أحق بالميراث منهن ؟! مع أشياء كثيرة[2] تدخل فى هذا عليكم ، و الآثار فى ذلك أكثر من أن يحتاج فيها إلى رأى ، و لا أعلمكم تروون فى ذلك أثرا عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و لا عن أحد من أصحابه .

أخبرنا محمد بن الحسن قال أخبرنا محمد بن أبان بن صالح[3] عن حماد عن إبراهيم قال : إذا كان عند الرجل أربع نسوة فطلق إحداهن فلا يتزوج حتى تنقضى عدة المطلقة ، ثم إن كانت امرأة فطلقها فلا يتزوج أختها و لا عمتها و لا خالتها حتى تنقضى عدتها .

أخبرنا محمد قال أخبرنا سفيان بن عيينة عن عبد الكريم الجزرى[4]

---

(١) كذا فى الهندية و هو الأولى ، و فى الأصل « فكيف هن نساؤه » مكان « كن » و على كلا التقديرين معناه صحيح .

(٢) يعنى اعتراضات و الزامات كثيرة يعارض بعضها بعضا فى مسائل عندكم .

(٣) هو القرشى ، مضى فى ابواب كثيرة .

(٤) هو ابن مالك الجزرى ، ابو سعيد الحرانى ، مولى بنى امية ، و هو ابن عم خصيف ، و يقال : الخضرمى - بالخاء المعجمة المكسورة - و هى من قرى اليمامة ، من رجال الستة ، رأى أنسا ، و روى عن عطاء و عكرمة و سعيد بن المسيب و سعيد بن جبير و مجاهد و ابى عبيدة بن عبد الله بن مسعود و طاوس و عبد الرحمن بن ابى ليلى و مقسم و ميمون بن مهران و نافع مولى ابن عمر و ابن المنكدر و غيرهم ، و عنه ايوب السختيانى و هو من اقرانه و ابن جريج و مالك و معمر و مسعر و زهير بن معاوية و ابو الأحوص و السفيانان و غيرهم ، قال احمد : ثقة ثبت و هو أثبت من خصيف و هو صاحب سنة ، و قال يحيى بن معين : ثقة ثبت ، و قال ابن سعد : ثقة كثير الحديث ، و قال ابن عمار =

قال

قال : سألت سعيد بن المسيب رضى الله عنه عن ذلك فقال : لا تنكح حتى تنقضى عدتها .

محمد قال : أخبرنا زكريا بن إسحاق المكى البزار[١] عن عبد الكريم الجزرى أنه سأل سعيد بن المسيب عن الرجل تكون تحته أربع نسوة فيطلق إحداهن [قال][٢] لا يصلح له أن يتزوج أخرى قبل أن تنقضى عدتها .

محمد قال : أخبرنا محمد بن عمرو[٣] قال أخبرنا إسمعيل بن إسحاق بن

= و العجلى و ابو زرعة و ابو حاتم و غير واحد : ثقة ، و قال ابو زرعة الدمشقى ثقة اخذ عنه الأكابر صدوق حافظ لا يقول فى الرواية الا « سمعت » و « حدثنا » و « رأيت »؛ و قال الثورى لابن عيينة : أرأيت عبد الكريم الجزرى و ايوب و عمرو ابن دينار فهؤلاء و من اشبههم ليس لأحد فيهم متكلم ! قال ابن سعد و غير واحد : مات سنة سبع و عشرين و مائة ـ كذا فى التهذيب؛ و فيه اقوال اخر راجع اليها .

(١) من رجال الستة ، روى عن عمرو بن دينار و ابى الزبير و ابراهيم بن ميسرة و يحيى بن عبد الله بن صيفى و غيرهم ، و عنه ازهر بن القاسم و روح بن عبادة و بشر ابن السرى و ابن المبارك و عبد الرزاق و وكيع و ابو عامر العقدى و ابو عاصم و غيرهم ، قال احمد و ابن معين : ثقة ، و قال ابو زرعة و ابو حاتم و النسائى : لا بأس به ، و قال الآجرى لأبى داود : زكريا بن اسحاق قدرى ؟ قال : نخاف عليه ؛ قلت : هو ثقة ؟ قال : ثقة ، و ذكره ابن حبان فى الثقات ، و قال ابن سعد : كان ثقة كثير الحديث ، و قال ابن معين : كان يرى القدر ـ كذا فى التهذيب .

(٢) سقط لفظ « قال » من الأصول كما هو ظاهر فزدته بين المربعين .

(٣) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « اخبرنا ابن عمرو » لا ادرى من هو ؟ و « محمد بن عمرو » كثيرون فى تاريخ البخارى و التهذيب و الميزان ، و لا يبعد ان يكون محمد بن عمر الواقدى و فيه كلام مشهور من جارحيه و معدليه مبسوط فى الميزان و غيره ، =

أبي حازم[1] عن أبي الزناد[2] عن سليمان بن يسار[3] أن خالد بن عقبة[4] كانت

= و هو امام فى المغازى و السير و الحوادث و اخبار المدينة ، فراجع الكتب .

(١) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « اخبرنا اسمعيل بن ابى حازم » لا ادرى من هو ؟ و لم اجده فى التهذيب و الميزان و التاريخ وغيره من كتب الرجال ، و اسمعيل بن اسحاق كوفى ضعيف - كما فى الميزان . قلت : فى الأصول تصحيف و سقوط ، و اظن ان الصواب « اخبرنا محمد بن عمر قال اخبرنا اسمعيل عن اسحاق بن ابى حازم » و « محمد بن عمر » هو الواقدى كما اظهر العلامة المفتى رأيه فيه ، و اسمعيل هو ابن ابراهيم بن عقبة الأسدى مولاهم ، أبو اسحاق المدنى ، ابن اخى موسى بن عقبة ، من رجال التهذيب ، روى له البخارى و النسائى ، روى عن عمه و نافع و هشام بن عروة و عائشة بنت سعد و غيرهم ، روى عنه الواقدى صرح به فى ج ٥ ص ٤١٩ من طبقات ابن سعد ، و اما لفظ « بن » بين « اسمعيل » و « اسحاق » فتصحيف « عن » و اما اسحاق بن ابى حازم او ابن حازم المدنى البزاز فهو كذلك من رجال التهذيب ، روى له ابن ماجه ، روى عن عبد الله بن ابى بكر بن حزم و عبيد الله بن مقسم و محمد بن كعب القرظى و غيرهم ، روى عنه خالد بن مخلد و ابو القاسم بن ابى الزناد ، يمكن ان يروى عنه اسمعيل بن ابراهيم المذكور و امكن ايضا ان يروى هو عن ابى الزناد ؟ هذا ما بدا لى ، و العلم عند الله - ف .

(٢) ابو الزناد هو عبد الله بن ذكوان ، من رجال الستة ، مشهور بالكنية . و اصح الأسانيد : ابو الزناد عن الأعرج عن ابى هريرة ، و قد مرت ترجمته ، و لا يسئل عن مثله ، راجع التهذيب .

(٣) هو الهلالى ، ابو ايوب او ابو عبد الرحمن او ابو عبد الله ، المدنى ، من رجال الستة ، مدنى تابعى ثقة فاضل رفيع فقيه عابد مأمون ، احد الأئمة و من علماء الناس ، عالم كثير الحديث ، من فقهاء السبعة فى المدينة ، افهم و اعلم من ابن المسيب ، مات سنة سبع و مائة و هو ابن ٧٣ سنة ، و قيل : سنة ٩٤ او سنة ١٠٠ او ثلاث و مائة =

تحته أربع نسوة فطلق واحدة ثلاثا فتزوج[١] الخامسة قبل أن تنقضي العدة ففرق بينهما مروان بن الحكم[٢] و أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يومئذ متوافرون .

= او اربع و مائة او سنة ١٠٩ او سنة عشر و مائة ، و ذكر الحافظ ابن حجر ترجمته فى صفحتين فراجع اليه . (٤) كذا فى الأصول « خالد بن عقبة » و فى الجوهر النقى « الوليد بن عقبة » لعله هو الصواب ، و خالد بن عقبة على ما فى تجريد الصحابة ابن ابى معيط بن ابى عمرو بن امية بن عبد الشمس بن عبد مناف ، و اسم ابى معيط : ابان ، و اسم ابيه : ذكوان ، و خالد فى مسلمة الفتح نزل الرقة (ب د ع) ، و الوليد بن عقبة ابن ابى معيط ابان بن ابى عمرو ذكوان بن امية بن عبد الشمس فى دمشق من مسلمة الفتح ، و امه اروى ام عثمان بن عفان (ب د ع) - انتهى . و لا يبعد ان يكون تحت كليهما اربع نسوة و كل واحد طلق احداهن و تزوج فى عدتها و فرق بينهما مروان بن الحكم باشارة ابن عباس رضى الله عنهما .

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « فزوج » و هو مصحف ، و الصواب ما فى الأصل « فتزوج » .

(٢) هو ابن ابى العاص ، ابو عبد الملك . ولد سنة اثنتين او نحوها بمكة ، و لم ير النبي صلى الله عليه و سلم لأنه خرج الى الطائف مع ابيه و هو طفل (دمشق) - قاله الذهبي فى التجريد ، كتب لعثمان ، و ولى امرة المدينة ايام معاوية ، و بويع له بالخلافة بعد موت معاوية بن يزيد بن معاوية بالجابية ، و كان الضحاك بن قيس غلب على دمشق و دعا لابن الزبير ثم دعا لنفسه فواقعه مروان بمرج راهط فقتل الضحاك و غلب مروان على دمشق ثم على مصر ، و مات فى رمضان سنة خمس و ستين ، و كانت ولايته تسعة اشهر ، و هو من رجال البخارى و الأربعة ، و قد قال مروان فى كلام دار بينه و بين روح بن زنباع عند ما طلب الخلافة : ليس ابن عمر بأخير منى و لكنه اسن =

محمد قال: أخبرنا إسمعيل بن عياش[١] قال حدثنى سعيد بن يوسف[٢] عن يحيى بن أبى كثير[١] قال: قضى على بن أبى طالب رضى الله عنه فى الرجل يكون تحته أربع نسوة فطلق إحداهن قال: لا تنكح إمرأة حتى يخلو[٣] الأجل التى طلق.

محمد قال: أخبرنا عباد بن العوام[١] قال أخبرنا سعيد بن أبى عروبة[١] عن قتادة[١] عن الحسن[١] فى الرجل يكون تحته أربع نسوة فيطلق إحداهن ثلاثا قال: كان لا يرى بأسا بأن يتزوج خامسة ما لم تكن التى طلق حاملا،

= منى و كانت له صحبة، و عاب الاسمعيلى على البخارى تخريج حديثه، و عد من موبقاته رمى طلحة احد العشرة يوم الجمل و هما جميعا مع عائشة رضى الله عنها فقتل ثم وثب على الخلافة بالسيف - انتهى تهذيب.

(١) مضى فيما قبل.

(٢) هو الرحبى، و يقال: الزرقى الصنعانى من صنعاء دمشق، و قيل: انه حمصى، روى عن عبد الله بن بسر المازنى و يحيى بن ابى كثير، و عنه ابنه مؤمل و اسمعيل بن عياش، قال ابن ابى مريم عن ابن معين: ضعيف الحديث، و قال: ابو زرعة الدمشقى عن احمد: ليس بشىء، و قال ابو حاتم: ليس بالمشهور وحديثه ليس بالمنكر، و قال محمد بن عوف: كان يكون بجبلة و هو حمصى ضعيف الحديث و ليس له كثير شىء، و قال النسائى: ضعيف، و قال مرة: ليس بالقوى، و قال ابن عدى: ليس له انكر من حديث ابن عباس « ساووا بين اولادكم فى العطية » الحديث، و هو قليل الحديث، و ذكره ابن حبان فى الثقات، له عند ابى داود « ان النبى صلى الله عليه و سلم غير ثوبيه و هو محرم » قلت: و قال ابن طاهر: حدث عن يحيى بن ابى كثير بالمناكير - قاله الحافظ فى التهذيب.

(٣) كذا فى الأصول، « حتى يخلو » اى حتى ينقضى الأجل.

 وكذلك

وكذلك فى الأختين . قال سعيد[١] : و حدثنا قتادة عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : لا يتزوج خامسة حتى تنقضى عدة التى طلق حاملا كانت أو غير حامل ، وكذلك فى الأختين .

محمد قال : أخبرنا عباد بن العوام عن عطاء بن أبى رباح فى رجل عنده أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا قال : لا ينكح خامسة حتى تنقضى عدة التى طلق .

محمد قال : أخبرنا خالد بن عبد الله[٢] عن عبد الملك بن أبى سليمان[٣]

---

(١) هو سعيد بن ابى عروبة ، روى من طريق قتادة عن ابن عباس رضى الله عنهما .

(٢) هو الواسطى مضى فى ابواب متعددة من الكتاب ، و هو ابن نمير .

(٣) لا احفظ انه مضى ام لا ، و هو عبد الملك بن ابى سليمان ، اسمه ميسرة ، ابو محمد و يقال ابو سليمان و قيل ابو عبد الله ، العرزمى ، من رجال مسلم و الأربعة و تعليقات البخارى - كما فى التهذيب ؛ روى عن انس بن مالك و عطاء بن ابى رباح و سعيد بن جبير و سلمة بن كهيل و انس بن سيرين و مسلم بن يناق و ابن الزبير و عبد الله بن عطاء المكى و ابى حمزة الثمالى و زبيد اليامى و عبد الله بن كيسان مولى اسماء وعبد الملك ابن اعين و غيرهم ، وعنه شعبة و الثورى و ابن المبارك و القطان و عبد الله بن ادريس و زهير بن معاوية و زائدة و حفص بن غياث و اسحاق الأزرق و خالد بن عبد الله ابن نمير و على بن مسهر و عيسى بن يونس و ابو عوانة و هشيم و يحيى بن ابى زائدة و يزيد بن هارون و عبد الرزاق و آخرون ، و ثقه غير واحد من ائمة هذا الشان ، و كان شعبة يعجب من حفظه ، و الثورى يسميه الميزان ، ثقة صدوق ثبت حجة ، من الحفاظ ، متقن ، فقيه ، مات فى ذى الحجة سنة خمس و اربعين ومائة ، و فيها ارخه غير واحد منهم ابن سعد ، لم يتكلم فيه احد غير شعبة ، مأمون ، من خيار اهل الكوفة . =

عن عطاء بن أبي رباح فى رجل تحته أربع نسوة فطلق إحداهن قال: لا يتزوج أخرى حتى تنقضى عدة التى طلق [١] .

= قال ابن حبان: ليس من الانصاف ترك حديث شيخ ثبت صحت عنه السنة بأوهام يهم فيها، و الأولى فيه قبول ما يروى بتثبت و ترك ما صح انه وهم فيه ما لم يفحش، فمن غلب خطأه على صوابه يستحق الترك - كذا فى التهذيب . قف على هذا الكلام و تأمل فيه و أنصف فى حق الامام ابى حنيفة رضى الله عنه لا يمشون فيه مثل هذا المشى، كما لا يخفى .

(١) و مذهب الامام مالك رحمه الله تعالى فى الموطأ رواه عن ربيعة بن ابى عبد الرحمن ان القاسم بن محمد و عروة بن الزبير كانا يقولان فى الرجل يكون عنده اربع نسوة فيطلق احداهن البتة انه يتزوجها ان شاء، و لاينتظر ان ينقضى عدتها - اه؛ مالك عن ربيعة بن ابى عبد الرحمن ان القاسم بن محمد و عروة بن الزبير افتيا الوليد بن عبد الملك عام قدم المدينة بذلك غير ان القاسم بن محمد قال: طلقها فى مجالس شتى - انتهى . قال الزرقانى تحت قوله «و لاينتظر ان تنقضى عدتها»: لأنه لا عدة على الرجل - اه . و قد تقدم ان الأثر المذكور رواه الامام محمد فى الموطأ من طريق مالك و قال: لا يعجبنا ان يتزوج الرجل فى عدة الرابعة خامسة . و «العدة» على ما فى الدر المختار لغة بالكسر الاحصاء، و بالضم الاستعداد للأمر، و شرعا تربص يلزم المرأة او الرجل عند وجود سببه، و مواضع تربصه عشرون، مذكورة فى الخزانة - اه . قال فى الفتح: حرمة تزوجه بأختها لا يكون من العدة بل هو حكم عدتها . و لا شك انه معنى كونه هو ايضا فى العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج و هو مضى المدة، و هو كذلك فى العدة غير ان اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه - اه؛ نقله العلامة ابن عابدين رحمه الله فى رد المحتار .

باب الرجل يزوج عبده[1] أمته بغير مهر

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه: لا ينبغى للرجل أن يزوج أمته عبده بغير شهود[2]، و لا بأس أن يزوج أمته عبده بغير مهر، لأن المهر لو سماه كان للسيد[3] و لا يكون للسيد على عبده صداق[4]، و إن زوج امته رجلا

---

(١) كذا فى الهندية، و لم يذكر لفظ «عبده» فى الأصل - ف.

(٢) فى باب النكاح بغير شهود من مبسوط السرخسى: قال: بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم انه قال: «لا نكاح الا بشهود» و به اخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى، و كان مالك و ابن ابى ليلى و عثمان البتى رحمهم الله تعالى يقولون، الشهود ليس بشرط فى النكاح، انما الشرط الاعلان حتى لو اعلنوا بحضرة الصبيان و المجانين صح النكاح، و لو امر الشاهدين ان لا يظهر العقد لا يصح، و حجتنا فى ذلك الحديث الذى رويناه، و لحديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه و سلم قال: «كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح: خاطب و ولى و شاهدان» و قال عمر رضى الله عنه: لا اوتى برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد الا رجمته، و لأن الشرط لما كان الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا و ذلك بشهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا:

و سرك ما كان عند امرئ　　　و سر الثلاثة غير خفى

و لأن اشتراط زيادة شىء فى هذا العقدة لاظهار خطر المبضع، فهو نظير اشتراط زيادة شىء فى اثبات اعلان ما يملك بالنكاح، و انما اختص ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين، فكذلك هذا التمليك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين عدلين.

(٣) فى الدر المختار: و لو زوج المولى امته من عبده لا يجب المهر فى الأصح و الواجبة و قال البزازى: بل يسقط - اه. قال فى رد المحتار: (قوله لا يجب المهر) لاستلزامه الوجوب لنفسه على نفسه و هو لا يعقل، و هذا بناء على ان مهر الأمة يثبت للسيد =

آخر أو عبدا لغيره فلا يكون النكاح إلا بصداق[١] . و قال أهل المدينة :

= ابتداء فى غير المأذونة و المكاتبة ، و فى معتقة البعض ، و فى استثناء المأذونة كلام يأتى قريبا . قوله : بل يسقط ، اى بل يجب على السيد ثم يسقط ، بناء على ان مهر الأمة يثبت لها اولا ثم ينتقل للسيد - كما فى النهر عن الفتح - ح ؛ و فائدة وجوبه لها انه لو كان عليها دين يستوفى منه و يقضى دينها ، قالوا : و الأول اظهر ، كما فى شرح الجامع الكبير (بيرى على الاشباه) ، و ايده ايضا فى الدرر ، و هذا مؤيد لتصحيح الوالوالجى ، قال فى البحر : و لم ار من ذكر لهذا الاختلاف ثمرة ، و يمكن ان يقال : انها تظهر فيما لو زوج الأب امة الصغير من عبده ، فعلى الثانى يصح ، و هو قول ابى يوسف ، وعلى الأول لا يصح التزويج ، و هو قولهما . و به جزم فى الوالوالجية معللا بأنه نكاح للأمة بغير مهر لعدم وجوبه على العبد فى كسبه للحال - اه ؛ و اعترضه الرحمتى بأنه لا استحالة فى وجوب المال للصغير على ابيه . بخلاف ما لو زوجه من امة نفسه ، قلت : و كأنه فهم ان الضمير فى قوله « من عبده » للاب مع انه للصغير ، كما صرح به فى الظهيرية ؛ هذا و جعل العلامة المقدسى ثمرة الخلاف قضاء دينها منه وعدمه و قال : و يترجح القول بالوجوب ، و لهذا صححه ابن امير حاج - اه و فى مبسوط السرخسى : قال : و اذا زوج الرجل عبده امته بشهود فهو جائز و لامهر لها عليه ، لأن المهر لو وجب كان للولى و انما يجب فى مالية العبد و ماليته مملوكة للولى فلا فائدة فى وجوبه اصلا ، و قد بينا ان على طريق بعض اصحابنا يجب ابتداء لحق الشرع ثم يسقط لقيام ملك المولى فى رقبة الزوج - اه ؛ و قد روى البيهقى فى السنن من طريق عبد الله بن الوليد : ثنا سفيان ثنا عبد الملك بن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : لا بأس بأن يزوج الرجل عبده امته بغير مهر - انتهى . (٤) لأن ما يملكه العبد مملوك لسيده ، و وجوب المهر على العبد مستلزم لوجوبه لنفسه على نفسه ، و هو غير معقول - كما عرفت .

(١) لقوله تعالى « ان تبتغوا بأموالكم » الآية . و قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن =

لا يصلح

لا يصلح للرجل أن يزوج أمته غلامه إلا بمهر [1] .

و قال محمد : فكيف صار هذا لا ينبغي و المهر لو سمى في النكاح كان

= نحلة » و قوله تعالى « ان طلقتم النسآء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فنصف ما فرضتم » الآية ؛ و المهر من احكام النكاح لا من اركانه و شروطه ، و لذا جاز النكاح بغير ذكر المهر ايضا ، و اذا كان حكما يجب مهر المثل بالعقد - كما في العناية ، و اعترضه في السعدية بأن المسمى ايضا من احكامه ، و اجاب في النهر بأنه انما خص مهر المثل لأن حكم الشيء هو اثره الثابت به ، و الواجب بالعقد هو مهر المثل ، و لذا قالوا : انه الموجب الأصلي في باب النكاح ، و اما المسمى فانما قام مقامه بالتراضي ، ثم عرف المهر في العناية بأنه اسم للمال الذى يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالتسمية او بالعقد ، و اعترض بعدم شموله للواجب بالوطئ بالشبهة ، و من ثم عرفه بعضهم بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح او الوطئ ، و اجاب في النهر بأن المعروف مهر هو حكم النكاح بالعقد . تأمل - كذا في رد المحتار ؛ و من اسمائه : الصداقة ، و الصدقة ، و النحلة ، و العطية ، و العقر ، و الأجر ، و العلائق ، و الحباء و في استيلاد الجوهرة العقر في الحرائر مهر المثل ، و في الاماء عشر قيمة البكر و نصف عشر قيمة الثيب - قاله في الدر المختار .

(١) في المدونة : قلت : أرأيت المأذون له في التجارة او المحجور عليه اذا كانت له امة فزوجها سيدها من عبده ذلك و العبد هو لسيد الأمة أيجوز هذا التزويج في قول مالك ؟ قال : وجه الشأن ينزعها ثم يزوجها اياه بصداق ، قلت : فان زوجها اياه قبل ان ينزعها ؟ قال : اراه انتزاعا و ارى التزويج جائزا ، و لكن احب الى ان ينزعها ثم يزوجها ، و لذا قلت : ان اراد ان يطأ امة عبده فانه ينبغي له ان ينزعها ثم يطأها . فان وطئها قبل ان ينزعها ؟ قال : هذا انتزاع و لكن ينزعها قبل ان يطأها احب الى . قلت : أتحفظ هذا عن مالك ؟ قال : اما الوطؤ اذا اراد ان يطأها فهو قوله ، =

للولى على عبده دين[1] وكيف صار هذا لا يصلح و هو لو سمى المهر بطل المهر[2] ! فكل أمر[3] كان مما يجب للولى على عبده من دين أو نحوه[4] فهذا مما لا يضر السيد إلا بذكره عند النكاح لأنه إن ذكره عند النكاح لم يجب له عنده[5] .

= ابن وهب عن محمد بن عمر عن ابن جريج عن عطاء انه قال: لا يزوج الرجل عبده امته بغير مهر، قال ابن وهب: و قال ذلك مالك - انتهى من باب انكاح الرجل عبده امته .

(١) و العبد بجميع اجزائه و ما حوت يداه مملوك لمولاه فكان للولى دين على عبده، فكأنه يكون دينا على نفسه و هو غير جائز؛ و لفظ «الدين» سقط من الهندية موجود فى الأصل و لا بد منه، فان كان للولى على عبده دين فكان دين المولى بوساطة العبد على نفسه! و هو كما ترى غير معقول .

(٢) لأنه يلزم ان يكون المهر على المولى و الحال انه يجب على الزوج، فلهذا المحظور يبطل المهر .

(٣) كذا فى الأصول، و لم افهم معنى هذه العبارة و لم اصل الى مغزاه .

(٤) لعل العبارة سقطت من البين، و الا لقلة بضاعتى لم افهم معناها .

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية «له على عبده» . و فى كتب الفقه: ان نكح العبد باذن السيد فالمهر و النفقة يجب على العبد لوجود سبب الوجوب منه و هو العقد مع انتفاء المانع و هو حق المولى لاذنه بالعقد، و يباع فيهما فى النفقة مرارا و فى المهر مرة، و يطالب بالباقى بعد عتقه الا اذا باعه منها - خانية؛ فان كانت الأمة مأذونة مديونة يبع ايضا لأن المهر يثبت للأمة حينئذ اولا ثم ينتقل الى المولى. و ان كانت مديونة فلا ينتقل اليه فاذا ذكره السيد عند النكاح لم يجب على عبده بل يجب على السيد فيضره و الا لا يضره .

باب الرجل يعتق أمته على أن يتزوجها و يجعل صداقها عتقها

محمد قال: قال أبو حنيفة رضي الله عنه في الرجل يعتق أمته على أن يتزوجها و يجعل صداقها عتقها فرضيت بذلك انها حرة، فان تزوجها فعليه صداق مستقبل، و لا يكون صداقها عتقها، و إن أبت أن تتزوجه كان عليها قيمة رقبتها، لأنها شرطت له في عتقها شرطا لم تف[1] به و هو النكاح.
و قال أهل المدينة: الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه قديما و لا حديثا أنه لا يصلح أن يكون عتق الأمة صداقا، لأنها لا تخلو عن أحد الأمرين: إما نكحها مملوكة[2] و لا ينبغي أن ينكح مملوكته، و إما نكحها حرة فلا يكون ذلك إلا بصداق بعد العتق[3].

و قال محمد: القول في ذلك ما قال أهل المدينة جميعا، لأنه لا يكون عتقها صداقها، و قد أحسن في هذا أهل المدينة، و قال بخلاف هذا غير أبي حنيفة من أصحابنا[4]، و لا يكون عتقها صداقها، و روى[5] في ذلك آثارا

---

(١) كذا في الأصل، و في الهندية «لم تفسد» وهو زلة قلم الناسخ، و الصواب «لم تف» كما هو في الأصل من الوفاء - كما لا يخفى على الأذكياء.

(٢) اى حال كونها مملوكة، و النكاح من امته و مملوكته لا يجوز إلا بعد اعتاقها.

(٣) فان المولى اذا اعتقها صارت اجنبية، و النكاح من الأجنبية لا يجوز الا بصداق على ما نطقت به نصوص القرآن و الأحاديث، و قول الامام محمد «ما قال اهل المدينة جميعا» اى اهل المدينة و ابو حنيفة جميعا فان مذهبه كذلك.

(٤) ان المراد به الامام ابو يوسف رحمه الله تعالى، و به قال سفيان الثوري، كما ذكره الحافظ الطحاوي في شرح معاني الآثار.

(٥) اى غير ابي حنيفة، و قوله «آثارا» كذا في الأصول و لعله «اثرا» بالافراد على ما يقتضي السياق و السباق.

عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه أعتق صفية رضى الله عنها و جعل عتقها صداقها [١] . قال محمد : و ذلك إنما هو عندنا لرسول الله صلى الله عليه

(١) فى جامع المسانيد ج ٢ ص ٩٧ : ابو حنيفة قال ذات يوم : الا تعجبون مررت بمسعر و هو يحدث عن قتادة عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه و آله و سلم اعتق صفية وجعل عتقها صداقها ! اخرجه القاضى ابو بكر محمد بن الباقى الأنصارى من طريق الصباح بن محارب عن الامام ابى حنيفة قال ذات يوم - اه . و اخرجه احمد و الشيخان و الترمذى وصححه . و لفظ مسلم : و اعتقها و تزوجها ، فقال له ثابت : يا ابا حمزة ! ما اصدقها ؟ قال نفسها اعتقها و تزوجها ، و فى لفظ آخر مثل لفظ الامام ، و وافقه البخارى فى السياق . و الحديث فى الصحيحين من طرق كثيرة و فيه طول ، و اخرجه الطحاوى من طريق حماد بن زيد و ابان قالا حدثنا شعيب بن الحبحاب عن انس ، قال : فذهب قوم الى ان الرجل اذا اعتق امته على ان عتقها صداقها جاز ذلك ، فان تزوجها فلا مهر عند العتاق ، و به قال سفيان الثورى و ابو يوسف ، و خالفهم فى ذلك آخرون فقالوا : ليس لأحد غير رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ان يفعل هذا ، فيتم له النكاح بغير صداق سوى العتاق ، و انما كان ذلك خاصا برسول الله صلى الله عليه و سلم لأن الله عز و جل جعل له ان يتزوج بغير صداق و لم يجعل ذلك لأحد من المؤمنين غيره ، قالوا : فلما اباح الله له ان يتزوج بغير صداق كان له ان يتزوج على العتاق الذى ليس بصداق ، و ممن قال به ابو حنيفة و زفر و محمد ، وحجتهم فى ذلك حديث ابن عمر فانه روى حديث جويرية مثل ما روى انس حديث صفية ثم قال : هو من بعد النبي صلى الله عليه و سلم فى مثل هذا ان يجدد لها صداقا فيحتمل ان يكون سماعا سمعه من النبي صلى الله عليه و سلم او د له دليل على ذلك المعنى الذى تقدم ذكره فى خصوصية النبي صلى الله عليه و سلم فى ذلك ، و قد كان ايوب السختيانى يذهب فى تزويج رسول الله صلى الله عليه و سلم صفية على عتقها الى ما ذهب اليه =

و آله و سلم خاصة و ليس لأحد من أمته أن يتزوج امرأة بغير صداق ، وكذلك بلغنا[1] فى تفسير هذه الآية «و امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين» فروى فى تفسير

= ابو حنيفة و زفر و محمد ، و اخرج الطحاوى من طريق حماد قال : اعتق هشام بن حسان ام ولد له و جعل عتقها صداقها ، فذكر ذلك لأيوب فقال ، لو كان ابت عتقها فقلت : أليس النبي صلى الله عليه و سلم اعتق صفية و جعل عتقها صداقها ؟ فقال : لو ان امرأة وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه و سلم أكان ذلك له ! فأخبرت بذلك هشاما فأبت عتقها و تزوجها و اصدقها اربعمائة - كذا فى عقود الجواهر المنيفة . و الحديث اخرجه البيهقى فى سننه الكبرى ج ٧ ص ٥٨ من طريق جعفر بن محمد الفريابى ثنا قتيبة بن سعيد ثنا حماد بن زيد عن ثابت و شعيب بن الحبحاب عن انس رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه و سلم اعتق صفية و جعل عتقها صداقها ، ثم قال : و رواه البخارى و مسلم جميعا فى الصحيح عن قتيبة ، و من طريق اسمعيل بن علية عن عبد العزيز ابن صهيب عن انس رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه و سلم اعتق صفية و تزوجها فسألت ثابتا : ما اصدقها ؟ فقال : نفسها - انتهى .

(١) قد عرفت غير مرة ان بلاغاته مسندة ، و سيأتى فيما بعد و قد تحمق ابن حزم هنا فى المحلى و اطال اللسان على الأئمة من غير روية و فكر و من غير تفقه و تعمق . قال الجصاص فى احكام القرآن : و قوله تعالى «ان تبتغوا بأموالكم» يدل على ان عتق الأمة لا يكون صداقا لها ، اذ كانت الآية مقتضية لكون بدل البضع ما يستحق به تسليم مال اليها ، و ليس فى العتق تسليم مال و انما فيه اسقاط الملك من غير ان استحقت به تسليم مال اليها ، ألا ترى ان الرق الذى كان المولى يملكه لا ينتقل اليها ؛ و انما يتلف ملكه ، فاذا لم يحصل لها به مال او لم تستحق به تسليم مال اليها لم يكن مهرا ، و ما روى ان النبي صلى الله عليه و سلم اعتق صفية و جعل عتقها صداقها فلأن =

= النبي صلى الله عليه و سلم كان له ان يتزوج بغير مهر، و كان مخصوصا بـه دون الأمة، قال الله تعالى «و امرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين» فكان صلى الله عليه و سلم مخصوصا بجواز ملك البضع بغير بدل، كما كان مخصوصا بجواز تزويج التسع دون الأمة، قوله تعالى «و آتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا» يدل ايضا على ان العتق لا يكون صداقا من وجوه: احدهـا انه قال «و آتوهن» ذلك بأمر يقتضى الايجاب، و اعطاء العتق لا يصح، و الثاني قوله تعـالى «فان طبن لكم عن شيء منه نفسا» و العتق لا يصح فسخه بطيب نفسها عن شيء منه، و الثالث قوله تعالى «فكلوه هنيئا مريئا» و ذلك محال فى العتق - انتهى. و من ههنا انهدم ما بناه ابن حزم بزعمه من جواز النكاح بالعتق و جعله صداقا و هو ليس بمال، و قد قال الله تعـالى «ان تبتغوا بأموالكم» و قال «و آتيتم أجورهن» و قال تعالى «صدقاتهن نحلة» و ما كان ربك نسيا، و فى الجوهر النقى: قلت: فى مسند احمد بن حنبـل: ثنا محمد بن بشر ثنا هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة انها كانت تعير النساء اللتى وهبن انفسهن لرسول الله صلى الله عليه و سلم قالت: ألا تستحيي المرأة ان تعرض نفسها بغير صداق! فأنزل الله تعالى «ترجى من تشاء منهن» الآية، و هذا سند على شرط الشيخين. و قال الطحاوى، ثنا حسين بن نصر ثنا يوسف بن عدى ثنا على بن مسهر عن هشام عن ابيه قالت عائشة: كنت اذا ذكرت قلت: انى لأستحيي امرأة تهب نفسها لرجل بغير مهر - الحديث، و حسين بن نصر قال فيه السمعانى و ابن يونس: ثقة ثبت، و باقى السند عـلى شرط البخارى؛ و الحديث من الطريقين يدل على ان الذى انكرته عائشة هو ترك المهر لا غير، و ان الذى خص به صلى الله عليه و سلم هو الانعقاد بغير صداق، و قد قال الشافعى: لم يكن لأحد ان يقول: جمع رسول الله صلى الله عليه و سلم بين اكثر من اربع ونكح امرأة بغير مهر - ذكره البيهقى فى باب الدليل على انه صلى الله عليه وسلم =

هذه الآية أنها خاصة للنبي صلى الله عليه و آله و سلم بغير صداق[1]، فأما المسلمون

= لا يقتدى به فيما خص به، و ذكر البيهقي فيما بعد فى باب الرجل يعتق امته ثم يتزوج بها انه اعتق صفية و جعل عتقها صداقها، ثم ذكر عن يحيى بن اكثم قال: هذا كان للنبي صلى الله عليه و سلم خاصة، ثم قال البيهقي: و يذكر هذا عن المزني انه ذكر هذا الحديث للشافعي فحمله على التخصيص، و موضع التخصيص انه اعتقها مطلقا ثم تزوجها على غير مهر، و نكاح غيره لا يخلو من مهر - انتهى كلامه؛ و هذا هو الذي يقتضي كلام ابن المسيب ظاهرا و ان غيره عليه الصلاة و السلام لو تزوج بلفظ الهبة بصداق و لو قل جاز له، و هذا غير موافق لمقصود البيهقي، و قد وافق ابن المسيب على هذا جماعة من السلف، و ذكر عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر عن ايوب عن ابي قلابة عن ابن المسيب و رجلين معه من اهل العلم قالوا: لا تحل الهبة لأحد بعد النبي صلى الله عليه و سلم، و لو تزوجها على سوط حلت - انتهى.

(١) روى عبد الرزاق عن طاوس قال: لا يحل لأحد ان يهب ابنته بغير مهر الا للنبي صلى الله عليه و آله و سلم، و عن مجاهد «و امرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي» قال: بغير صداق: و عن عطاء سئل عن امرأة وهبت نفسها لرجل قال: لا يكون الا بصداق، و عنه قال: لا يصلح الا بصداق، لم يكن ذلك الا للنبي صلى الله عليه و سلم، و عن الحكم و حماد سئلا عن رجل وهب ابنته لرجل فقالا: لا يجوز الا بصداق؛ ذكر الخمسة ابن ابي شيبة فى مصنفه بأسانيد صحيحة، و يؤيد ما قال هؤلاء وجهان: احدهما قوله تعالى «لكيلا يكون عليك حرج» اى ضيق فالآية خرجت مخرج الامتنان و الحرج، انما هو فى وجوب الصداق لا فى الانعقاد من جهة اللفظ بين «وهبت» و «تزوجت» و ذلك انه قد لا يقدر على المهر فيضيق عليه التماسه، فأما ابدال العبارة بغيرها فلا ضيق فيه؛ و الثاني انه اذا ثبت ان الذي خص به عليه الصلاة و السلام هو الانعقاد بغير مهر فقد كفينا مؤنة قوله تعالى «خالصة لك» فانتفت الخصوصية بلفظ الهبة لئلا يلزم =

فلا يكون ذلك لهم الا بصداق؛ و كذلك صفية رضى الله عنها[١]، اعتقها النبي صلى الله عليه و آله و سلم ثم تزوجها ثم جعل عتقها صداقها، فكما يجوز للنبي صلى الله عليه و آله و سلم أن يتزوج بغير صداق فكذلك يجوز له أن يتزوج على شيء[٢] فيجعله[٣] صداقا، و هذا مما لا يكون صداقا بين المسلمين؛ و قد روى

= كثرة الاختصاص، اذ الأصل عدمه - كذا فى الجوهر النقى. و من ههنا ثبت يضا ان النكاح ينعقد بلفظ الهبة كما ان الهبة بغير صداق خاص بالنبي صلى الله عليه و سلم دون المسلمين.

(١) و هى من رواة الستة، و هى بنت حيي بن اخطب بن شعبة بن ثعلبة بن عبيد بن كعب، الاسرائيلية، من اولاد هارون عليه السلام، ام المؤمنين، سباها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عام خيبر ثم اعتقها ثم تزوجها: روت عن النبي صلى الله عليه و سلم، و عنها ابن اخيها كنانة و يزيد بن معتب و على بن الحسين بن على و مسلم بن صفوان و اسحاق بن عبد الله بن الحارث، قال الواقدى: ماتت فى خلافة معاوية سنة خمسين، و قال غيره: ماتت قبل ذلك سنة ست و ثلاثين، قلت: حكى ذلك ابن حبان بعد ان قدم انها ماتت فى خلافة معاوية، و هو الذى لا يتجه غيره فان فى الصحيحين تصريح على بن الحسين بسماعه منها و كان مولده بعد سنة ست و ثلاثين قطعا - قاله الحافظ فى التهذيب. و الحديث اخرجه الشيخان و الطحاوى و البيهقى و الترمذى و ابو داود و غيرهم من المحدثين فى كتبهم - كما عرفت من الجوهر النقى و عقود الجواهر. وقد تكلم فيه الحافظان العينى و ابن حجر فى شرحيهما نقضا و ابراما فراجعهما.

(٢) اى شيء كان مالا او غيره قليلا كان او كثيرا، او بغير مهر و صداق، و انه خصوصية له لا يشركه فيه غيره.

(٣) كذا فى الأصل و فى الهندية «و يجعله» بالواو، و كلاهما صحيح.

و قد

عن ابن عمر[١] رضى الله عنهما نحو مما قال أبوحنيفة و أهل المدينة، و بلغنا أيضا[٢]

---

(١) اخرجه الطحاوى فى شرح معانى الآثار حيث قال : فقد روى هذا ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه و سلم : كما ذكرنا ، ثم قال هو من بعد النبي صلى الله عليه و سلم فى مثل هذا انه يجدد لها صداقا ، حدثنا بذلك سليمان بن شعيب قال ثنا الخصيب قال ثنا حماد بن سلمة عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر مثل ذلك - اه . و نقله الحافظ فى الفتح و العينى فى العمدة . و اثر ابن عمر المذكور نقله ابن حزم عن الطحاوى فى المحلى و تكلم فى الخصيب بن ناصح و قال : لا يدرى حاله و ليس بالمشهور فى اصحاب حماد بن سلمة فهو امر ضعيف - اه . و الخصيب نزيل مصر ذكره ابن يونس فى تاريخه و ابن حبان فى ثقاته ، و قال ابو زرعة : ما به بأس ان شاء الله تعالى ، و هو من رواة النسائى فى اليوم و الليلة ، فكيف يقول : انه لا يدرى حاله ! و ابن حزم ان لم يدر فلا حرج فقد دراه و عرفه غيره ، و لا يقدح فى الحديث عدم رواية اصحاب حماد الثقات عنه : كما فى الأصول ، اذا لم يخالف لما رواه اصحاب حماد الثقات عنه ، و يعقوب بن حميد بن كاسب ، قال البخارى : لم يزل خيرا ، هو فى الأصل صدوق ، و قال محمد بن مضر عن ابن معين : ثقة ، و قال ابن عدى : لا بأس به ، و برواياته و هو كثير الحديث كثير الغرائب ، و قال مصعب الزبيرى : ابن كاسب ثقة مأمون صاحب حديث و كان من امناء القضاة زمانا ، و قال مسلمة : ثقة ، و قال الحاكم : لم يتكلم فيه احد بحجة كذا فى التهذيب . فقول ابن حزم فيه انه ضعيف ، ضعيف لا يلتفت اليه .

(٢) اسنده ابن حزم فى المحلى من طريق سعيد بن منصور قال : نا هشيم انا يونس عن ابن سيرين انه كان يحب ان يجعل مع عتقها شيئا ما كان - انتهى . و الحب فى عرف المتقدمين و لسانهم يستعمل فى المعنى العام الشامل للوجوب و السنة المؤكدة و المستحب ، و هو عرف القرآن و الحديث ، فلا يمشى قول ابن حزم : انما هذا استحباب من ابن سيرين - اه ؛ الا اذا انحصر الحب فى معنى الاستحباب و الندب ، و الا لا - فافهم .

عن ابن سيرين[١] أنه كان يقول: مهر[٢] سوى العتق اختارا[٣] نحوا من هذا .

باب النكاح فى العدة اذا تزوجت و فى اثبات النسب اذا جاء الولد[٤]

محمد قال قال ابو حنيفة رضى الله عنه : إذا نكح الرجل المرأة فى العدة من غيره فى الطلاق البائن[٥] و دخل بها فرق بينهما فان استقر بها حمل

(١) هو محمد بن سيرين، امام جليل، مضى فى ابواب الزكاة و غيرها .

(٢) كذا فى الأصل و هو الصواب، و فى الهندية « مهرا » بالنصب، يقول : لا بد من المهر سوى العتق فانه ليس بمال، و القرآن ينادى بالمال « ان تبتغوا بأموالكم » الآية ؛ و قد سبق من الجصاص الكلام على هذا فتذكره .

(٣) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « اجبار » و عندى هو قول محمد لا من قول ابن سيرين، و « اختار » بدون الألف من الاختيار ، و لا معنى للاجبار من الجبر : يعنى ان ابن سيرين اختار نحوا من هذا الذى قال به ابو حنيفة و اهل المدينة ، و زيادة الألف بعد « اختار » من زلة الناسخ - تدبر .

(٤) قوله « اذا جاء الولد » كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « اذا جاءت بالولد » - ف .

(٥) فى الدر المختار مع رد المحتار : (و لو تزوجت معتدة بائن فولدت من سنتين مذ بانت و لا قل من الاقل مذ تزوجت فالولد للأول لفساد نكاح الآخر) ينافى ما تقدم ان العبرة للفراش الحقيق و لو فاسدا فالأولى التعليل بعدم امكان جعله للثانى لعدم اقل مدة الحمل رحمتى ، (و لو لا كثر منهما مذ بانت و لنصف حول مذ تزوجت فالولد للثانى) لامكانه مع تعذر كونه للاول ، (و لو لا قل من نصفه) اى مع كونه لأكثر من سنتين مذ بانت (لم يلزم الأول و لا الثانى) لأن النساء لا يلدن لأكثر من سنتين و لا لأقل من ستة اشهر كما فى الحاكم (و النكاح صحيح) اى عندهما وعند ابى يوسف =

نظر فان وضعت ذلك ما بينها و بين سنتين منذ فارقها الأول فليس بابنه[١] و ينظر لكم[٢] جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ اصابها الآخر و لأكثر من سنتين منذ فارقها الأول لم يكن ابن واحد منهما و ان جاءت به لستة اشهر فصاعدا منذ اصابها الآخر و لأكثر من سنتين منذ فارقها الأول فهو

= فاسد لأنه اذا لم يثبت من الثانى كان من الزنا و نكاح الحامل من الزنا صحيح عندهما - كذا فى البدائع و تبعه فى البحر ؛ و لم يظهر لى وجهه لأنه اذا لم يثبت من واحد منهما علم أنه من غيرهما و لا يلزم ان يكون من الزنـا لاحتمال كونه بشبهة ، و لا يصح النكاح الا اذا علم انه من زنا ففى الزيلعى و غيره: لو ولدت المنكوحة لأقل من ستة اشهر مذ تزوجها لم يثبت النسب لأن العلوق سابق على النكاح و يفسد النكاح لاحتمال انه من زوج آخر بنكاح صحيح او شبهة - اه • فليتأمل: (و لو لاقل منهما و لنصفه) اى لاقل من سنتين من وقت الطلاق و لنصفه ، اى لنصف حول من وقت تزوج الثانى فقد امكن هنـا جعله من الأول أو من الثانى ، (فى عدة البحر بحثا انه للاول لكنه نقل هنا عن البدائع انه للثانى معللا بأن اقدامها على التزوج دليل انقضاء عدتها) فكان بمنزلة ما اذا اقرت بانقضائها (حتى لو علم بالعدة فالنكاح فاسد و ولدها للأول ان امكن اثباته منه) ، اما اذا لم يمكن بأن جاءت به لا كثر من سنتين مذ بانت و لستة اشهر مذ تزوجت فهو للثانى ،كما فى البحر عن البدائع (بأن تلد لاقل من سنتين مذ طلق او مات و لو نكح امرأة فجاءت بسقط مستبين الخلق فان لاربعة اشهر فنسبه للثانى) ، اى و جاز النكاح - بحر ؛ (و ان لاربعة إلا يوما فنسبه للاول و فسد النكاح) لأن الخلق لايستبين الا فى مائة و عشرين يومـا فيكون اربعين يوما نطفة و اربعين علقة و أربعين مضغة - بحر عن الولوالجية ؛ انتهى .

(١) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « ثابته » و لا معنى لها .

(٢) بكسر اللام و فتح الكاف و سكون الميم ، من كم و كذا .

ابن الآخر و ان جاءت به بعد ما فرق بينهما[1] و بين الآخر لأكثر من سنتين لم يكن ابن واحد منهما . و قال اهل المدينة : اذا نكحت المرأة فى عدتها و دخل بها فرق بينهما و ان[2] استقر بها حمل نظر فان وضعت لأدنى من ستة أشهر منذ دخل بها زوجها الأول[3] كان الولد للأول و لم يكن عليها من الآخر عدة و ان وضعت لستة اشهر منذ دخل الآخر عليها[4] فصاعدا دعى لولدها القافة[5] فالحقوه بأبيه إلا أن يأتى عليها من مهلك[6] زوجها الأول أو طلاقه إياها من الزمان ما لا يحمل النساء فى مثله منذ خل بها الآخر ، فاذا كان ذلك الحق الولد بالآخر و فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول و أكثر ما تحمل النساء اربع سنين . و قال محمد : و كيف

(١) كذا فى الأصول « بينهما » و هو مصحف ، و الصواب « بينها » بتأنيث الضمير لا بالمثنى .

(٢) كذا فى الأصول ، و الأولى « فان » بالفاء .

(٣) قوله « زوجها الأول » كذا فى الأصول ، و الصواب « زوجها الآخر » كما لا يخفى و إلا فلا معنى له - تفكر و تدبر فيه .

(٤) كذا فى الأصل بزيادة « عليها » و لا يناسب ، بل سقط بعد قوله « دخل » لفظ « بها » .

(٥) و القافة جمع قائف هو من يتبع الآثار و يعرفها شبه الرجل بأخيه و أبيه ، و الجمع : القافة هو يقوف الأثر و يقتافه قيافة كقفا الأثر و اقتفاه (ك) هو الذى يلحق الفروع بالأصول بالشبه و العلامات - اه مجمع البحار . و قول القافة ليس بحجة شرعية عندنا ، و ما ورد فى الأحاديث هو على دأب الجاهلية دفعا لاعتراضهم فى ابن زيد ابن الحارثة .

(٦) كذا فى الأصل و هو الصحيح عندى لفظا و معنى .

استقام هذا فيما ذكرتم قول[1] القافة و الفراش فراش[2] الأول حتى تأتى به[3] لما لا تلده النساء منذ فارقها الأول؟! انما ذكرتم فى الرواية التى رويتم وهى عندنا غير معروفة ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه دعى القافه الى صبى تنازعه رجلان[4] ولم يكن[5] لو احد منهما فراش يكون به اولى بالولد من

(١) كذا فى الأصول. و لعل الأولى من قول «القافة بزيادة» من الجارة قبل قول - فافهم.
(٢) فى الأصول «فراق» و هو خطأ، و الصواب «فراش» بالشين مكان القاف.
(٣) فى الأصول «حتى يأتى» بالتذكير مع سقوط لفظ «به» من البين، و الصواب «حتى تأتى به» بتأنيث الفعل و زيادة لفظ «به» لأن الضمير راجع إلى المرأة فافهم.
(٤) رواه الطحاوى فى شرح معانى الآثار من طرق عنه رضى الله عنه فى ج ٢ ص ٢٩٣ من «باب الولد يدعيه الرجلان» كيف الحكم فيه و بسط الكلام فيه على دأبه. و أجاب عن آثار عمر رضى الله عنه: حدثنا ابن مرزوق قال ثنا وهب بن جرير قال ثنا شعبة عن توبة العنبرى عن الشعبى عن ابن عمر ان رجلين اشتركا فى ظهر (طهر) امرأة فولدت فدعا عمر القافة فقالوا اخذ الشبه منهما جميعا فجعله بينهما - اه. و بطرق أخرى عنه قال ابو جعفر فليس يخلو حكمه فى هذه الآثار التى ذكرنا من احد وجهين اما ان يكون بالدعوى لأن الرجلين ادعيا الصبى و هو فى ايديهما فالحقه بهما بدعواهما أو يكون فعل ذلك فكان الذين يحكمون بقول القافة لا يحكمون بقولهم اذا قالوا هو ابن هذين. فلما كان قولهم كذلك ثبت على قولهما ان يكون قضاء عمر بالولد للرجلين كان بغير قول القافة، و فى حديث سعيد بن المسيب ما يدل على ذلك و ذلك انه قال فقال القافة: لا ندرى لأيهما هو؟ فجعله عمر بينهما و القافة لم يقولوا هو ابنهما، فدل ذلك على ان عمر اثبت نسبه من الرجلين بدعواهما و لمالهما عليه من اليد لا بقول القافة، فان قال قائل: فان كان ذلك كما ذكرته فما كان احتياج عمر الى القافة حتى دعاهم، قيل له: يحتمل ذلك عندنا و الله اعلم ان يكون عمر رضى الله عنه وقع بقلبه ان =

غيره[١] ، فأما الزوج الأول الذى طلق امرأته او مات عنها فانه صاحب الفراش[٢] و هو أولى بالدعوة من غيره حتى تأتى بالولد لأكثر مما تلده النساء ، و ذلك عندنا سنتان لا تحمل المرأة فوق ذلك . و قد بلغنا[٣] عن

= حملا لا يكون من رجلين فيستحيل الحاق الولد بمن يعلم انه لم يلده فدعا القافة ليعلم منهم هل يكون ولد يحمل به من نطفتى رجلين ام لا ؟ و قد بين ذلك فى حديث أبي المهلب فلما اخبره القافة بأن ذلك قد يكون و انه غير مستحيل رجع الى الدعوى التى كانت من الرجلين فجعل الولد ابنهما جميعا يرثهما و يرثانه فذلك حكم بالدعوى لا بقول القافة ؛ و قد روى عن على بن ابى طالب رضى الله عنه فى ذلك ايضا ما قد حدثنا روح بن الفرج قال ثنا يوسف بن عدى قال ثنا ابو الأحوص عن سماك عن مولى لبنى مخزومة قال : وقع رجلان على جارية فى طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فأتيا عمر يختصمان فى الولد فقال عمر : ما ادرى كيف اقضى فى هذا ؟! فأتيا عليا فقال : هو بينكما يرثكما و ترثانه وهو للباقى منكما فهذا حكم الولد لمدعييه جميعا فجعله ابنهما و لم يحتج فى ذلك الى قول القافة ، و بهذا نأخذ و هو قول ابى حنيفة و ابى يوسف و محمد رحمهم الله تعالى - انتهى ج ٢ ص ٢٩٤ . (٥) هذا قول الامام محمد اشارة الى الجواب عن أثر عمر رضى الله عنه بأنه لم يكن فراش حقيق لواحد منهما و إلا لا يكون الحكم كذلك لقوله صلى الله عليه و سلم : الولد للفراش و للعاهر الحجر - الحديث .

(١) اى من غير صاحب الفراش .

(٢) يعنى فلا يقاس صاحب الفراش على غير صاحب الفراش ، فلا يصح الاستدلال بالأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه لأنه فى غير صاحبي الفراش فافهم .

(٣) هذا البلاغ اسنده الدارقطنى فى ج ٢ ص ٤٢٥ من سننه فى اواخر النكاح ثم البيهقى فى ج ٧ ص ٤٤٣ من السنن من طريق ابن المبارك : ثنا داود بن عبد الرحمن =

عائشة رضى الله عنها انهـا قالت : لا تحمل المرأة فوق سنتين ظل مغزل [١] .

= عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عـائشة قالت : ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل - انتهى ٠ و فى لفظ : قالت : لا يكون الحمل اكثر من سنتين - الحديث . نصب الراية ج ٣ ص ٢٦٥ و فتح القدير ج ٤ ص ١٨٠ و البناية ؛ و جميلة بنت سعد هى فى تجريد اسماء الصحابة قال الذهبى : جميلة بنت سعد بن الربيع روى عنها ثابت بن عبد الله ان اباها و عمها دفنا يوم احد فى قبر تزوجها زيد ابن ثابت (ب د ع) - انتهى ٠ فقول ابن حزم : جميلة بنت سعد مجهولة لا يدرى من هى - اه مبنى على الجهل ، و طار ما فى الميزان من قول ابن حزم انها مجهولة ؛ و قال الدارقطنى بعد روايـة الحديث : و جميلة بن سعد اخت عبيد بن سعد - اه ، و لم يحكم بكونها مجهولة ثم بعده البيهقى ايضا لم يقل فيها شيئا ، و قد قال الذهبى فى تجريد الأسماء : عبيد بن سعد روى عنه ابراهيم بن ميسرة - راجع سننهما ، و لم يتكلم فيها بشىء صاحب التعليق المغنى على الدارقطنى ، و ليس فى السند المذكور ابو سفيـان الذى قال فى حقه ابن حزم ضعيف .

(١) اى بقدر ظل مغزل حال الدوران لأن ظل المغزل حاله الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال و الغرض تقليل المدة ، و رواية المبسوط و الايضاح و بعض نسخ الكتاب و لو بفلكة مغزل ، و ذكر فى المغرب هذا على حذف المضاف ، و قد جاء صريحا فى شرح الارشاد و لو يدور فلكة مغزل و هو مثـل فى الدوران و الغرض تقليل المدة و بقاء الولد فى بطن امه اكثر من سنتين فى غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع انه لا اصل لما يحكى فى هذا الباب فان الضحاك ما كان يعرف ذلك من نفسه و كذلك غيره لأن ما فى الرحم لا يعرفه الا الله تعالى ، و الظاهر ان عائشة قالت سماعا لأن العقل لا يهتدى الى معرفة المقـادير - اه ٠ عنايه و كفاية و البحر و الدر المختار و غيرها من كتب الفقه .

و بلغنا[١] عن عمر بن الخطـاب رضى الله عنه انه الحق ذلك[٢] بأبيه وضعت امه لسنتين قد خرجت [ثنياه - [٣]] فالحق به عمر ، فعمن أخذتم ان المرأة تحمل اربع سنين و لقد انكرت العامة علينـا[٤] حمل سنتين فلم يعرفوه[٥] ،

(١) لعله يشير الى ما رواه الدارقطنى فى سننه: نا محمد بن نوح الجنديسابورى نا احمد ابن محمد بن يحي بن سعد نا ابن نمير نا الاعمش عن ابى سفيان قال حدثنى اشياخ منا قالوا: جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقـال : يا امير المؤمنين : انى غبت عن امرأتى سنتين فجئت و هى حبلى ؟ فشاور عمر النـاس فى رجمها قال : فقال معاذ بن جبـــل : يا امير المؤمنين ان كان لك عليها سبيل فليس لك على ما فى بطنها سبيل فاتركها حتى تضع ، فتركها ؛ فولدت غلاما قد خرجت ثنياه فعرف الرجـــل الشبه فيه فقال : ابنى ورب الكعبة : فقال عمر : عجزت النساء ان يلدن مثل معاذ ، لولا معاذ لهلك عمر - انتهى . و من جهة الدارقطنى اخرجه البيهقى فى سننه .

(٢) كذا فى الأصول ، و الاشارة الى الولد المولود بعد سنتين وعرف الرجل الشبه فيه .

(٣) فى الأصول هنا بياض ، وسقط لفظ « ثنياه » بعده ، يعنى قد خرجت ثنياه كما فى الحديث المذكور فوضعناه بين المربعين ، و إلا فالجملة زائدة لا حاجة اليها ، فافهم .

(٤) انظر الى كلامه و تشكر به و هو يعلم ان اهل العلم فى زمنه انكروا عليه فيما قال به من ان الحمل يكون الى سنتين و لم يعرفوا الحديث الذى استدل به .

(٥) قيل : اى لم يعرفوا بقـاء الحمل الى سنتين بالرأى فكيف يعرفون لأربعة بغير نقل ؟ - اه . و عندى الصواب : « فلم يعرفوا الحمل الى سنتين » لأن الحديث الذى استدللنا به لم يصل اليهم أو تكلموا فى اسناده فأنكروا علينا . فكيف لا ينكرون عليكم بقولكم ان الحمل يكون الى اربعة سنين و يقبلون ذلك منكم فان الاربع ضعف الاثنين - و الله تعالى اعلم بمراد عباده .

و قد

فكيف يقبلون[١] اربع سنين بلا أثر و لا سنة ؟ و لا أعلم ذكرتم ذلك إلا عن امرأة محمد بن عجلان[٢] زعمتم انها كانت تحمل اربع سنين! فكيف علمتم

(١) فى الأصول « تعرفوه و تقبلوا » بالخطاب بدون نون الاعراب، و لا بد من نون الاعراب « فكيف يقبلون » اى العامة منكم او فكيف تقبلون اربع سنين و انتم تنكرون الحمل الى سنتين - تأمل .

(٢) اخرج الدارقطنى و من جهته البيهقى فى سننيهما عن الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن انس فى حديث عائشة انها قالت : لا تزيد المرأة فى حملها على سنتين قدر ظل معزل فقال : سبحان الله من يقول هذا ؟! هذا جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق و زوجها رجل صدق حملت ثلاثة ابطن فى اثنتى عشرة سنة كل بطن فى اربع سنين - انتهى . قال المحقق فى فتح القدير : و لا يخفى ان قول عائشة رضى الله عنها مما لا يعرف إلا سماعا و هو مقدم على المحكى عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبته الى الشارع لا يتطرق الى الخطأ بخلاف الحكاية فانها بعد صحة نسبتها الى مالك و المرأة يحتمل خطؤها ، فان غاية الأمر ان يكون انقطع دمها اربع سنين ثم جاءت بولد و هذا ليس بقاطع فى ان الأربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز انها امتد طهرها سنتين أو اكثر ثم حبلت و وجود الحركة مثلا فى البطن لو وجد ليس قاطعا فى الحمل لجواز كونه غير الولد و لقد اخبرنا من امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة اشهر من الحركة و انقطاع الدم و كبر البطن و ادراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها اخذت فى الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا الى ان انضمر بطنها و قامت من قابلتها من غير ولادة . و بالجملة فمثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات . و ما روى ان عمر رضى الله عنه اثبت نسب ولد المرأة التى غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها . فقال له معاذ : ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها ، فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه اباه ، فلما رآه الرجل قال : ولدى و رب الكعبة ! فانما هو بقيام الفراش و دعوى الرجل نسبه - انتهى .

ذلك و زوجها حی مقیم معها و المرأة قد يرفع[1] حيضتها الريح و الداء يكون بها ؟ و لو كان هذا كما تقولون لكان من قبلكم اعلمكم بهـذه منكم ، و لو كان هذا على ما تقولون لكان الولد حين تلده ينبغي ان يتكلم و يمشى لأن الولد لا يأتى عليه ثلاث سنين حتى يتكلم أو يمشى .

باب نكاح السفيه[2]

محمد قال : قال ابو حنيفة رضى الله عنه : اذا تزوج الفاسق السفيه و المولى عليه هذا[3] يكون معتوها[4] امرأة بصداق مثلها فهو جائز ، و لا ينبغى ان ينقض النكاح . و قال اهل المدينة فى السفيه و المولى عليه : ينكح بغير اذن وليه انه يفرق الولى بينه و بين التى نكح فان لم يكن دخل بها فلا شىء لها و ان كان

(١) كذا فى الهندية و هو الصواب ، و فى الأصل « قد يرجع » تصحيف فانه لا معنى له هنا ـ كما لا يخفى على الفهيم .

(٢) هو خفيف العقل فى التحرير و شرح السفه فى اللغة الخفة ، و فى اصطلاح الفقهاء : خفة تبعث الانسان على العمل فى ما له بخلاف مقتضى العقل ـ اه رد المحتار ؛ فهو ليس بمعدوم العقل بالكلية .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « كان » مكان « هذا » ، و لا يصح معناه فان المعتوه لا يجوز تزوّجه ، كما سيأتى فى الكتاب ، و المعنى هنا : و لا يكون معتوها ـ لعل شيئا من العبارة سقط أو وقع التصحيف فيه ، تأمل فى العبارة ؛ و ان كان يمكن ان يكون توضيحا لقوله : و المولى عليه مثل ان يكون معتوها ـ تدبر .

(٤) من العته و هو اختلال فى العقل كما فى الدر المختار ، لكن قال العلامة ابن عابدين رحمه الله : هذا ما ذكره فى البحر تعريفا للمجنون و قال : و يدخل فيه المعتوه و أحسن الأقوال فى الفرق بينهما ان المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب و لا يشتم بخلاف المجنون ـ اه . وصرح الأصوليون بأن حكمه كالصبى =

دخل بها كان لها[١] أدنى ما ينكح به النساء دينار[٢] بمسه اياها . قال محمد : وكيف بطل نكاح السفيه و المولى عليه إذا تزوج امرأة بصداق مثلها و لم يأت من ذلك إلا بما آنسه[٣]؟ فكيف بطل النكاح و قد جاءت الآثار أن النكاح جده و هزله سواء[٤]، كما أن الطلاق جده و هزله سواء! فكيف أجزتم

= الا ان الدبوسى قال : تجب عليه العبادات احتياطا ، و رده صدر الاسلام بأن العته نوع جنون فيمنع وجوب اداء الحقوق جميعا - كما بسطه فى شرح التحرير - انتهى .

(١) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « كان لنا » بضمير المتكلم و هو خطأ .

(٢) كذا فى الأصول « دينار » و عندهم ادنى ما ينكح عليه المرأة ربع دينار او ثلاثة دراهم ، قال مالك فى الموطأ : لا أرى ان تنكح المرأة بأقل من ربع دينار و ذلك ادنى ما تجب فيه القطع - انتهى . فلعل لفظ « ربع » سقط من قلم الناسخ . و فى المدونة : قلت أرأيت ان زوجها على عرض قيمته اقل من ثلاثة دراهم أو على درهمين ؟ قال : ارى النكاح جائزا و يبلغ به ربع دينار ان رضى بذلك الزوج ، و ان ابى فسخ النكاح ان لم يكن دخل بها ، فان دخل بها اكمل لها ربع دينار ، و ليس هذا النكاح عندى من نكاح التفويض - انتهى .

(٣) هكذا فى الأصل « الا بما آنسه » و فى الهندية « السنة » فلعله « الا بما احلت به » أو « الا بما يكون به او بالسنة » او « بما جاءت به السنة » او « بما وردت به السنة » - فافهم .

(٤) اشارة الى حديث مرفوع ورد فى ذلك رواه ابو داود و ابن ماجه و الترمذى - كما فى شرح الزرقانى - و قال : حسن غريب ، عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه و سلم ثلاث جدهن جد و هزلهن جد : النكاح و الطلاق و الرجعة ، قال ابن العربى : و روى بدل « الرجعة » « العتق » و لا يصح ؛ و قال الحافظ : وقع عند الغزالى : « العتاق » بدل « الرجعة » و لم اجده ، و مرادهما لا يصح و لم يجده مرفوعا فلا ينافى صحته =

= عن ابن المسيب فى الموطأ لكن عجيب نفى وجدانه! ففى الاستذكار: روى ابو بكر بن ابى شيبة: ثنا عيسى بن يونس عن عمرو عن الحسن عن ابى الدرداء قال: كان الرجل فى الجاهلية يطلق ثم يرجع يقول: كنت لاعبا، فأنزل الله «و لا تتخذوا آيات الله هزوا»، فقال صلى الله عليه و سلم: من طلق او اعتق او انكح أو انكح قال انى كنت لاعبا فهو جائز عليه - انتهى. و فى بلوغ المرام: عن ابى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: ثلاث جدهن جد و هزلهن جد: النكاح و الطلاق و الرجعة - رواه الأربعة إلا النسائى، و صححه الحاكم؛ و فى رواية لابن عدى من وجه آخر ضعيف: الطلاق و النكاح و العتاق؛ و للحارث بن ابى اسامة من حديث عبادة بن الصامت رفعه: لا يجوز اللعب فى ثلاث: الطلاق و النكاح و العتاق، فان قالهن فقد وجبن؛ وسنده ضعيف - انتهى. و رواه الطبرانى من حديث فضالة بن عبيد بلفظ: ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق و النكاح و العتق؛ و رواه الحارث بن ابى اسامة فى مسنده عن بشر بن عمر عن ابن لهيعة عن عبد الله بن ابى جعفر عن عبادة بن الصامت رفعه: لا يجوز اللعب فى ثلاث: الطلاق و النكاح و العتاق، فمن قالهن فقد وجبن - و هذا منقطع؛ و فى الباب عن ابى ذر رفعه: من طلق و هو لاعب فطلاقه جائز، و من اعتق و هو لاعب فعتاقه جائز، و من نكح و هو لاعب فنكاحه جائز - اخرجه عبد الرزاق عن ابراهيم بن محمد عن صفوان بن سليم عنه و هو منقطع؛ و أخرج عن على و عمر نحوه موقوفا؛ و فى هذا رد على ابن العربى و على النووى حيث انكرا على الغزالى ايراد هذا اللفظ، ثم قال النووى: المعروف اللفظ الأول بالرجعة بدل الطلاق، و قال ابو بكر بن العربى: لا يصح، و يروى بدل العتاق الرجعة؛ قلت: هذا هو المشهور فيه، و كذا رواه احمد و ابو داود و الترمذى و ابن ماجه و الحاكم و الدارقطنى من حديث عطاء عن يوسف بن ماهك عن ابى هريرة باللفظ المذكور اولا و فيه بدل «العتاق» «الرجعة» قال الترمذى: حسن، و قال الحاكم: =

طلاقه إذا نكح و هو يطلقها و لم يدخل بها فيؤخذ منه نصف الصداق بغير مسيس؟ فهذا مما فيه الاسراف منه فى ماله و التبذير أن يتزوج على المال العظيم باذن الولى فلا يدخل بها حتى يطلقها فيؤخذ[1] منه نصف الصداق! فان قلتم: إن النكاح إنما بطل للاسراف فى المال. قلنا[2]: فهذا أحرى أن يكون [باطلا][3] و قد أسرف فى ماله من رجل[4] تزوج ابنة عم له فى الحسب و المال و لها فضل و جمال بصداق مثلها ثم أقام عليها فلم يفارقها فكيف جاز النكاح و هو يلحقه[5] فى ذلك نصف الصداق و لم يجز هذا؟

= صحيح، و اقره صاحب الام و هو من رواية عبد الرحمن بن حبيب بن ادرك و هو مختلف فيه، قال النسائى: منكر الحديث، و وثقه غيره فهو على هذا حسن، و عطاء المذكور فيه هو ابن ابى رباح صرح به فى رواية ابى داود و الحاكم، و وهم ابن الجوزى فقال: هو عطاء بن عجلان و هو متروك - اه التلخيص الحبير. و فى كتاب الآثار: محمد قال: اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال: لعب النكاح و جده سواء كما ان لعب الطلاق و جده سواء، قال محمد: و به نأخذ و هو قول ابى حنيفة، اربع جدهن جد و هزلهن جد: الطلاق و النكاح و الرجعة و العتاق - انتهى.

(١) فى الأصول «فيأخذ» و هو مصحف.

(٢) سقط من الأصول لفظ «قلنا» و لا بد منه - كما لا يخفى.

(٣) سقط من الأصول «باطلا» و لابد منه، و إلا «يكون» ليس بلاخبر كما ترى و لابد منه.

(٤) متعلق بقوله «احرى» افعل التفضيل، و قوله «و قد اسرف فى ماله» جملة حالية قد اعترضت بين «احرى» و قوله «من رجل».

(٥) كذا فى الأصول، و تأمل فيه، و الحال ان النكاح يلزم الناكح نصف الصداق =

و قد صنع من ذلك ما لا يصنعه السفيه و لا المولى عليه .

[١] قال : و قال أبو حنيفة فى السفيه و المولى عليه يعتق و قد بلغ و احتلم : إن عتقه جائز لأن العتق هزله و جده سواء[٢] كما أن الطلاق جده و هزله سواء . و قال أهل المدينة فى السفيه و المولى عليه ينكح باذن وليه : إن طلاقه جائز عليه إذا احتلم ، و لا يجوز عتاقه ما دام يولى عليه . و قال محمد : كيف بطل هذا العتاق؟ قالوا : فى هذا إتلاف لماله . قيل لهم : أو ليس فى الطلاق قبل الدخول إتلاف[٣] لماله؟ قالوا : لأنه[٤] نكح فى ذلك بأمر الولى . قيل لهم : فما تقولون إن أعتق باذن الولى أيجوز إعتاقه؟ فان قالوا : نعم . قيل لهم : فقد جاز للسفيه إن يستهلك ماله باذن وليه فى غير تجارة و لا منفعة تعود بها على نفسه . فان قالوا : لا . قيل لهم : فكيف جاز طلاقه قبل الدخول و لا يجوز عتاقه و قد أذن له الولى؟ و ما سبيلهما إلا واحد ، و ما ينبغى أن يجوز بعضه و يبطل بعضه ؛ و لكنا نقول فى هذه الثلاثة : النكاح و الطلاق و العتاق سواء جدهن جد و هزلهن جد . و ذلك جائز كله على السفيه و المولى عليه ما لا يكون معتوها[٥] أو صغيرا لم يبلغ ، فان كان معتوها أو صبيا لم يبلغ لم يجز عليه

= و هو ضرر عليه ! و قوله « لم يفارقها » لعله « لم يقارفها » بتقديم القاف و بعد الراء فاء ، و عليه يترتب قوله « و هو يلحقه فى ذلك نصف الصداق » و إلا لا يصح .

(١) لعل لفظ « محمد » قبل « قال » سقط من الأصول .

(٢) كما ورد فى الحديث . و قد مضى تخريجه فتذكره .

(٣) فى الأصول « اتلافا » بالنصب و المقام يقتضى الرفع وجوبا - كما لا يخفى .

(٤) قوله « قالوا لأنه » كذا فى الأصول ، و الظاهر ان بعض العبارة سقط بين « قالوا » و بين « لأنه » نحو كلمة « لا » - ف .

(٥) تذكر ما مضى فى ابتداء الباب من أنى قلت : ان العبارة مختلة . و العته نوع =

طلاق يطلقه[١] و لا نكاح و لا عتاق . قالوا : فقد جعلتم الصبي و المعتوه فى نكاحهما و عتاقهما بمنزلة قولنا فى السفيه و السفيه بمنزلتهما عندنا لضعف عقله و قلة نظره لنفسه . قيل لهم : إنا أبطلنا الأشياء كلها غير هذين[٢] و أبطلنا فيما أبطلنا الطلاق ، و أنتم لا تبطلون الطلاق على السفيه ، فكذلك افترق حال هذين[٣] و حال السفيه ؛ أرأيتم الصبي و المعتوه أتجيزون طلاقهما كما تجيزون طلاق السفيه ؟ فان كنتم تجيزون ذلك فهذا مما لا ينبغي[٤] ، و إن كنتم لا تجيزون طلاقهما فقد فرقتم بينهما و بين السفيه فى الطلاق ، فكذلك افترقوا فى العتاق و النكاح .

باب ما يذكر فى النكاح من الجنون[٥]

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى المجنون تخاف منه امرأته

= من الجنون ، لا يقع طلاقه و لا يجوز تصرفه ، فيمكن هناك مكان « كان يكون » « ما لا يكون » او « ما لم يكن » .

(١) كذا فى الأصول ، و الصحيح « يطلقها » تدبر .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « هذين الأمرين » اى النكاح و العتاق فان الكلام مع اهل المدينة فيهما - و الله تعالى اعلم بحقيقة الأمر .

(٣) اى الصبي و المعتوه .

(٤) اى لا يجوز ، لقوله صلى الله عليه و سلم « رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، و عن الصغير حتى يكبر ، و عن المجنون حتى يعقل او يفيق » رواه الأربعة الا الترمذى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : الحديث ؛ و صححه الحاكم - بلوغ المرام .

(٥) قال فى التلويح : الجنون اختلال القوة المميزة بين الامور الحسنة و القبيحة =

و لم يجامعها: إنه إن كان لا يفيق حيل[1] بين امرأته و بين ما يخاف عليها منه فى حال الخوف، و أنفق عليها من ماله، و لم يفرق بينهما[2] إلا أن يخلى بينه و بينها و لا يصل إليها، فاذا كان ذلك أجل سنة فان وصل إليها و إلا خيرت، فان اختارت المقام معه أنفق عليها من ماله و لم يكن لها بعد ذلك خيار، و إن اختارت الفرقة[3] بانت منه بتطليقه. و قال أهل المدينة: إذا كان لا يفيق حيل بينه و بين امرأته و بين ما يخاف عليها منه و أنفق من ماله و ضرب لها أجلا[4] سنة يعالج فيها، فان برئ ردت إليه امرأته و إلا فرق بينهما و كانت

= المدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثارها و تتعطل افعالها إما لنقصان جبل عليه دماغه فى اصل الخلقة و إما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط او آفة و إما لاستيلاء الشيطان عليه و إلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح و يفزع من غير ما يصلح سببا - اه. و فى البحر عن الخانية: رجل عرف انه كان مجنونا فقالت له امرأته طلقتنى البارحة، فقال: اصابنى الجنون، و لا يعرف ذلك الا بقوله كان القول قوله - اه رد المحتار.

(١) فى الهندية «جهل» و هو مصحف من قوله «حيل» من الحيلولة، و فى الأصل «انه كان لايفيق بين امرأته» سقط منه قوله «ان» وقوله «حيل».

(٢) ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب فى الآخر و لو كان فاحشا كجذام وجنون و برص و رتق و قرن عند ابى حنيفة و ابى يوسف. و هو قول عطاء و النخعى و عمر بن عبد العزيز و ابى زياد و ابى قلابة و ابن ابى ليلى و الأوزاعى و الثورى و الخطابى و داود الظاهرى و اصحابه و اتباعه. و فى المبسوط انه مذهب على و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهم - فتح، اه رد المحتار.

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «الفراقة» و هو مرجوح.

(٤) كذا فى الأصول - ف.

و لكن

فرقتها[١] تطليقة فان كان يفيق أحيانا و يجن أحيانا لا يفرق بينه و بين امرأته و لكن يحال بينها و بين ما يخاف عليها منه حين يعتريها[٢] ذلك .

و قال محمد : و كيف تكون الفرقة بينهما فى قولكم إذا لم يفق و لا تكون[٣] بينهما إذا كان يفيق فى بعض الزمان و هو يجامع فى الحالين كلتيهما[٤] ؟! إنما تقع الفرقة إذا لم يقدر على الجماع و فى ذلك يضرب الأجل سنة ، و أما إذا قدر على الجماع و هو معتوه فليس ينبغى أن يفرق بينهما ، و إن كان صحيحا لا يقدر على الجماع فرق بينهما بعد ما يضرب لها[٥] الأجل[٦] سنة إذا اختارت المرأة ذلك ؛ أفلا ترون المجنون و الصحيح فى ذلك كله سواء ! .

باب الرجل يتزوج و به جنون أو جذام أو برص فتكره المرأة صحبته

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ليس للمرأة أن تفارق زوجها إذا كان به داء من جنون أو جذام[٧] أو برص[٨] أو عمى أو مقعد

---

(١) و فى الأصول « فرقتهما » بضمير المثنى .

(٢) من الاعتراء و هو الاعتراض و الاشتمال و الاحاطة .

(٣) و فى الأصول « و لا يكون » بالياء ، و الضمير يرجع الى « الفرقة » فلا بد من التأنيث . قلت : الفرقة مصدر يستوى فيه التذكير و التأنيث - ف .

(٤) و فى الأصول « كلتاهما » .

(٥) هكذا فى الأصول « لها » بالتأنيث ، و الظاهر الصواب « له » بالتذكير .

(٦) كذا فى الأصول ، و قد مر قبل ذلك « اجلا سنة » منكرا و كل صواب .

(٧) هو داء يتشقق به الجلد و ينتن و يقطع اللحم - قهستانى عن الطلبة ، اه رد المحتار . و فى المغرب : و المجذوم الذى به جذام ، و هو تشقق الجلد و تقطع اللحم و تساقطه - اه .

اجنبية مفيدة

فى النهاية : « من تعلم القرآن ثم نسيه لقى الله يوم القيامة و هو اجذم » ، اى مقطوع =

= اليد ، من الجذم : القطع ؛ و منه حديث علي رضى الله عنه : من نكث بيعة لقى الله و هو اجذم ليست له يد ؛ قال القتيبي : الأجذم ههنا الذى ذهبت اعضاؤه كلها ، و ليست اليد اولى بالعقوبة من باقى الأعضاء ؛ يقال : رجل اجذم و مجذوم - اذا تهافتت اطرافه من الجذام ، وهو الداء المعروف ؛ قال الجوهرى : لا يقال للمجذوم « الأجذم » ؛ و قال ابن الأنبارى ردا على ابن قتيبة : لو كان العقاب لا يقع الا بالجارحة التى باشرت المعصية لما عوقب الزانى بالجلد و الرجم فى الدنيا و بالنار فى الآخرة ؛ و قال ابن الأنبارى : معنى الحديث انه لقى الله و هو اجذم الحجة لا لسان له يتكلم و لا حجة فى يده ، و قول على رضى الله عنه « ليست له يد » اى لا حجة له ؛ و قيل معناه : لقيه منقطع السبب ، يدل عليه قوله : القرآن سبب بيد الله و سبب بأيديكم فمن نسيه فقد قطع سببه ؛ و قال الخطابى : معنى الحديث ما ذهب اليه ابن الأعرابى ، و هو ان من نسى القرآن لقى الله خالى اليد من الخير صفرها من الثواب ، فكنى باليد عما تحويه و تشتمل عليه من الخير ؛ قلت : و فى تخصيص عليّ بذكر اليد معنى ليس فى حديث نسيان القرآن ، لأن البيعة تباشرها اليد من بين الأعضاء و هو ان يضع المبايع يده فى يد الامام عند عقد البيعة و اخذها عليه ؛ و منه الحديث « كل خطبة ليست فيها شهادة كاليد الجذماء » اى المقطوعة ؛ و فيه انه قال لمجذوم فى وفد ثقيف « ارجع فقد بايعتك » ؛ المجذوم الذى اصابه الجذام و هو الداء المعروف كأنه من جذم فهو مجذوم ، و انما رده النبى صلى الله عليه و سلم لئلا ينظر اصحابه اليه فيزدرونه و يرون لأنفسهم فضلا عليه فيدخلهم العجب و الزهو ، او لئلا يحزن برؤية النبى صلى الله عليه و سلم و اصحابه رضى الله عنهم و ما فضلوا به عليه فيقل شكره على بلاء الله تعالى ؛ و قيل : ان الجذام من الأمراض المتعدية و كانت العرب تتطير منه و تتجنبه فرده لذلك ، او لئلا يعرض لأحدهم جذام فيظن ان ذلك قد اعداه ، و يعضد ذلك الحديث الآخر انه اخذ بيد مجذوم فوضعها مع يده فى القصعة فقال « كل ثقة بالله و توكلا عليه » ، و انما =

أو مفلوج[١] أو أكله بعد أن يكون يجامع . و قال أهل المدينة : إذا كان مجنونا لا يفيق ضرب له أجل سنة فان لم يبرأ فيها و إن كان يجامع فرق ، و أما المجذوم فانه يفرق بينه و بين امرأته إذا طلبت ذلك ، و أما الأبرص و المقعد و المفلوج فلا يفرق بين أحد منهم و بين امرأته .

و قال محمد : و كيف افترق المجذوم و المجنون و غيرهما من نحو الأبرص[٢] و الأعمى و المقعد ؟ فان قالوا : إنما نقول هذا فى الأمر لا يحتمل[٣] قيل لهم : و ما تعنون بقولكم «لا يحتمل» للتقذر أو[٤] لغيره ؟ فان كان للتقذر[٥] فقد كره أن يتقذر[٦] ، و قد بلغنا[٧] عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه

= فعل ذلك ليعلم الناس ان شيئا من ذلك لا يكون الا بتقدير الله تعالى ، ورد الأول لئلا يأثم فيه الناس فان يقينهم يقصر عن يقينه ؛ س ، و منه الحديث «لا تديموا النظر الى المجذومين» لأنه اذا ادام النظر حقره و رأى لنفسه فضلا و تأذى به المنظور اليه ، و منه حديث ابن عباس رضى الله عنهما «اربع لا يجزن فى البيع و لا النكاح : المجنونة و المجذومة و البرصاء و العفلاء» - اه . (٨) هو بياض فى ظاهر الجلد يتشاءم به - قهستانى ، قاله فى رد المحتار . و نحوه فى المغرب .

(١) فى مجمع البحار : الفالج داء الأنبياء ، هو داء معروف يرخى بعض البدن - اه . و قد تكفل المحقق فى فتح القدير رد ما استدل به الأئمة الثلاثة و محمد بما لا مزيد عليه.

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية «البرص» و ليس بصواب ، بل تصحيف .

(٣) اى لا يتحمل - فافهم ، لعل عن الامام محمد روايتين فى ذلك ، و الا فمذهبه التخيير فى ذلك .

(٤) كذا فى الهندية و هو الصواب ، و كان فى الأصل «للعذام» و هو تصحيف .

(٥) فى الأصول «يتقذر» و الأولى «للتقذر» كما يقتضى السياق و السباق .

(٦) كذا فى الهندية ، و فى الأصل «يعتذر» تصحيف - ف .

(٧) فى كنز العمال ج ٥ ص ١٩١ الطبعة الأولى من كتاب الطب و الرقى من قسم =

أن ركبا[١] قدموا عليه من اليمن فأتاهم بطعام فتنحى رجل منهم فقال له بعض القوم : إن به ضربا من الجذام ، فقال له : ادنه ، فأدناه فجعل يأكل الأجذم و جعل أبو بكر يأكل من حيث يأكل الأجذم ؛ و بلغنا[٢] عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال : هلك المتقذر . فليس ينبغي أن يفرق بين امرأة و زوجها للتقذر ، فالمرأ المسلم أعظم حرمة من أن يفرق بينه و بين امرأته

= الأفعال : عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه قال : قدم على ابي بكر وفد من ثقيف فأتى بطعام فدنا القوم و تنحى رجل به هذا الداء يعنى الجذام فقال له ابو بكر : ادنه ، فدنا قال : كل ، فأكل و جعل ابو بكر يضع يده موضع يده فيأكل مما يأكل منه المجذوم - ش و ابن جرير ، انتهى . و قد مر مرارا ان بلاغات الامام محمد مسندة ، و فى الباب حديث معيقيب و عمر رضى الله عنه و فيه قصة طويلة رواه ابن سعد مطولا و ابن جرير صدره ، و رواه ابن سعد و ابن جرير مختصرا عن خارجة بن زيد عن عمر و عن جابر مرفوعا ان النبى صلى الله عليه و سلم اخذ بيد مجذوم فأقعده معه فقال : كل ثقة بالله و توكلا عليه - رواه ابن جرير ، و عن عمرو بن الشريد عن ابيه مرفوعا ايضا رواه ابن جرير ، و حديث « فر من المجذوم فرارك من الأسد » رواه البخارى تعليقا فى الطب لا يعارضه فان ظاهره غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه و يثاب بخدمته و تمريضه و على القيام بمصالحه ، و تقدم الجمع من النهاية .

(١) ركب جمع الراكب ، و امثاله كثيرة .

(٢) لم اجد فى الكتب التى عندى ، فتشه انت من مظانها لعلك تجده . وحديث كعب ابن عجرة لم يصح لأنه من رواية جميل بن زيد و هو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة ، و هو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ، و لو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ « الحقى بأهلك » من كنايات الطلاق فلا تعويل عليه فى هذا الموضع - كما لا يخفى . و فى روايات اخرى ما يناسب ذلك المقام فراجعها .

بهذا ، و شبهه و إن[1] قلتم : لا يحتمل لأنه لا يسعى على امرأته و لا يبتغي لها من فضل الله ، فكيف يقولون[2] إن كان موسرا كثير المال فأنفق عليها أكثر مما ينفق على مثلها ؟ أينبغي لكم أن تفرقوا بينها و بينه كذلك[3] فان قلتم : لا نفرق بينهما لهذا ، فأي شيء تعنون بقولكم ذلك «لا يحتمل» و قد احتمله أبو بكر رضي الله عنه في فضله[4] ؟ و ما كان ذلك عليه بواجب ، و إن كان ذلك بواجب على المرأة في أمر زوجها فقد بلغنا[5] عن النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الأصول بالواو ، و الأولى «فان» بالفاء .

(٢) كذا في الأصول بصيغة الغيبة ، و الأولى «تقولون» بالخطاب - كما لا يخفى .

(٣) اى لا يفرق بينهما بمثل هذا ، يعني من انفاق اكثر المال على مثلها .

(٤) «في فضله» اى مع فضله على سائر الصحابة رضي الله عنهم أكل مع المجذوم من حيث يأكل منه المجذوم .

(٥) اخرج البيهقي في سننه الكبرى من طريق جعفر بن عون : حدثنا ربيعة بن عثمان نا محمد بن يحيى بن حبان عن نهار العبدي و كان من اصحاب ابي سعيد الخدري عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه و آله و سلم بابنة له فقال : يا رسول الله ! هذه ابنتي قد ابت ان تتزوج ، فقال لها النبي صلى الله عليه و آله و سلم : اطيعي اباك ، فقالت : و الذي بعثك بالحق ! لا اتزوج حتى تخبرني ما حق الزوج على زوجته ؟ قال : حق الزوج على زوجته ان لو كانت له قرحة فلحستها ما ادت حقه - انتهى . فعلم من هذا ان الحديث من مرويات ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ، و روى البزار كما في النيل باسناد رجاله رجال الصحيح عن ابي سعيد مرفوعا الى النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال : حق الزوج على زوجته لو كانت به قرحة فلحستها او انتن منخراه صديدا او دما ثم ابتلعته ما ادت حقه ، و اخرج مثل هذا اللفظ البزار من حديث ابي هريرة - اه . و روى نحوه احمد في مسنده عن =

= انس رضى الله عنه - كما فى منتقى الأخبار - مرفوعا ان النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا يصلح لبشر ان يسجد لبشر ، و لو صلح لبشر ان يسجد لبشر لأمرت المرأة ان تسجد لزوجها من عظم حقه عليها ، و الذى نفسى بيده لو كان من قدمه الى مفرق رأسه قرحة تنبجس بالقيح و الصديد ثم استقبلته تلحسه ما ادت حقه - انتهى . و قد اشار الترمذى الى حديث انس فى بـاب السجدة فراجعه . فتحصل من ذلك ان الحديث المذكور مختصرا و مطولا مروى عن انس بن مالك و ابى هريرة و ابى سعيد الخدرى رضى الله عنهم اسنده البزار و الامام احمـد و البيهقى نحو ما فى الكتاب فى سنن البيهقى ج ٧ ص ٨٤ من حديث أبى هريرة .

قلت: و اخرجه الامام محمد فى آثاره: اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا الحكم بن زياد يرفعه الى النبي صلى الله عليه و سلم ان امرأة خطبت الى ابيها فقالت: ما انا بمتزوجة حتى القى النبي صلى الله عليه و سلم فأسأله ما حق الزوج على زوجته ؟ فأتته فقالت: يا رسول الله ! ما حق الزوج على زوجته ؟ قال: ان خرجت من بيتها (وعند ابى يوسف من بيته) بغير اذن منه لم يزل الله يلعنها و الملائكة و الروح الأمين و خزنة الرحمة و خزنة العذاب حتى ترجع ، قالت: يا رسول الله ! ما حق الزوج على زوجته ؟ قال: ان سألها نفسها و هى على ظهر قتب لم يكن لها ان تمنعه ، قالت: يا رسول الله ! ما حق الزوج على زوجته ؟ قال ان غضب فلترضه . فقال رجل من القوم: و ان كان ظالما ؟ قال: و ان كان ظالما . قالت: ما انا بمتزوجة بعد ما سمع - اه ص ٠٧٩ و اخرج الامام ابو يوسف ايضا نحوه فى ص ٢٠٢ من آثاره . و اخرج الحـافظ طلحة بن محمد فى مسنده عن احمد بن محمد بن سعيد عن القاسم بن محمد عن حماد عن محمد بن محمد عن ابى يوسف عن ابى حنيفة عن الحكم بن زيـاد الجزرى ان امرأة خطبت الى ابيها فاستأذنها فقالت: لست بفاعلة حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه و سلم و أسأله عن حق الزوج ، فأتته ذاكرة ذلك له . فقال صلى الله عليه و سلم : من حقه مراقبة الله فيه نظرا و سمعا =

فى ذلك حديث لا يرد و لا يجهل و لا يشك فيه معروف: إن سائلة سألته فقالت: يا رسول الله! ما حق الزوج على امرأته؟ قال: لو سال منخراه[١] قيحا أو دما فمصت[٢] ذلك ما أدت ما أوجب الله عليها من حقه فمن سال منخراه قيحا أو دما فهذا من الأمر الذى لا يحتمل فلم يقل النبي صلى الله عليه و آله و سلم إن ذلك مما[٣] يفرق بين المرأة و زوجها، و لكنه قال

= و نطقا و بطشا و سعيا و مشربا و ملبسا و مطعما و رعاية له فى سائر ذلك و حفظا و ايثارا و موافقة و احتراما لما اوجب الله له، فقالت: يا رسول الله! أحذر ان اعجز عن بعض ذلك، فقال: انت اعرف - اه، راجع ج ٢ ص ١٣٢ من جامع المسانيد، قلت: هو مرسل لأن الحكم بن زياد لم يسم فيه من سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم، و فى الميزان: الحكم بن زياد عن انس رضى الله عنه قال الأزدى: مجهول - اه. قلت: فان لم يعرفه الأزدى فقد عرفه الامام اذ روى عنه و هو شيخه، و شيخ الرجل ليس بمجهول عنده - ف.

(١) فى مجمع البحار: فيه انه اخذ بمنخرة الصبى، أى بأنفه، و نخرتا الأنف ثقباه، و النخرة بالحركة مقدم الألف، و المنخر و المنخران ايضا ثقبا الأنف - انتهى.

(٢) المص فى الأصل: النيل و الأخذ الى الفوق، و ههنا بمعنى لحست او ابتلعت، كما فى الحديث، و فى حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه - كما فى المجمع - انه مص منها، اى نال منها القليل من الدنيا، مصصت بالكسر مصا.

(٣) كذا فى الأصل و هو الصحيح، و فى الهندية «ما» مكان «مما». لم يحكم رسول الله صلى الله عليه و سلم بالتفريق بينهما للتقذر و عدم التحمل بل اقرها فى زوجيته و قال لها ما قال، فعلم من هذا ان هذا داء لا يتخير به احد الزوجين. و سيلان الدم و القيح من جسده ثم لحسه و ابتلاعه اشد تقذرا فى عقل العرف من البرص و الجنون و الجذام و غيرها.

لو مصت ذلك ما أدت ما أوجب الله عليها من الحق فكيف يفرق بينهما بهذا و شبهه ؟ و هل تعلمون أن أحدا فى زمان النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو فى زمان أبى بكر أو فى زمان عمر رضى الله عنهما فرق بينه و بين امرأته من دائه من جذام أو غيره ؟

أخبرنا محمد بن الحسن[1] قال أخبرنا إسمعيل بن عياش[2] قال حدثنى ابن جريج[2] عن عطاء بن أبى رباح فى الرجل يتزوج المرأة و به داء أو جذام أو برص قال : لا تخير[3] .

---

(١) هذا قول تلميذه و الراوى عنه ، و قد سبق نظائره فيما قبل . قلت : و له نظائر فى الصحاح و السنن ـ ف .

(٢) مضى فيما مضى مرارا .

(٣) و عن ابى عبيد نا عبد الله بن المبارك عن معمر عن ابن ابى نجيح عن مجاهد انه قال فى الرجل يتزوج المرأة ثم يعرض له الداء قال : هى امرأته لا تنزع منه ـ انتهى . و لم يرد فى خبر صحيح او ضعيف او اثر عن الخلفاء الراشدين او غيرهم من الصحابة رضى الله عنهم انهم فرقوا بين الزوج و المرأة بسبب الجذام او البرص او غيرهما من امثال هذه الأمراض ، و لم يخيروا احد الزوجين بعيب الآخر . قال المحقق : اما القياس فتخلف فيه جزء المقتضى او شرطه فان المقتضى للفسخ العيب مع وقوعه فى عقد مبادلة تجرى فيه المشاحة و المضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال ، و هذا شرط عمله ، و النكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود و انما شرع اظهارا لخطر المحل ، و لهذا اختلفت لو ارمهما حتى اجزنا على عبد و فرس غير موصوفين ، وصحيح مع عدم رؤية المرأة اصلا ، بخلاف المبيع عنده ، ثم اذا رأى المبيع عندنا يثبت له خيار الرد بلاعيب ، و فى النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة و الجمال و الرشاقة و صغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل و لعاب سائل =

باب

باب الرجل يتزوج المرأة لا يجد[1] ما ينفق على امرأته

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه: إذا لم يجد الحر ما ينفق على امرأته أمة كانت أو حرة لم يفرق بينهما[2]، وكذلك العبد و لكن يقرض[3]

= و انف هائل و عقل زائل لا خيار له فى فسخ النكاح به، و فى البيع بفسخ بدون ذلك، و لو هزلا بالبيع لم ينفذ، و ينعقد النكاح بالهزل به، فكذلك بالعلة مقتضية؛ و عن القياس الثالث بمنع وجود العلة فى الفرع و هو امتناع حصول المقصود لجواز ان يطأ من هى كذلك و يتوصل بالشق و القطع و الكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية، و ذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه فى ذات القروح و الفاحشة و البخر الزائد، و حينئذ قول محمد ان وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود للوجه الأخير، بخلافه هو اذا وجدها كذلك لأنه يتمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق، و وجه دفعه و دفع قول الزهرى و من معه انتظمه دفع اقيسة الشافعى و من معه - انتهى ج ٣ ص ٢٦٨ من باب العنين.

(١) كذا فى الأصول، و لعل الواو سقط من قوله «لا يجد».

(٢) و بقولنا قال الزهرى و عطاء و ابن يسار و الحسن البصرى و الثورى و ابن ابى ليلى و ابن شبرمة و حماد بن ابى سليمان و الظاهرية، و بقول الشافعى قال مالك و احمد فى ظاهر قوله و عنه رواية كقولنا، و على هذا الخلاف العجز عن الكسوة و العجز عن المسكن. و هذا التفريق فسخ عند الشافعى و احمد، طلاق عند مالك، و لو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق، و يبيع الحاكم ماله و يصرف فى نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها و لا يفسخ فتح القدير.

(٣) قال المحقق: و معنى الاستدانة ان تشترى الطعام على ان يؤدى الزوج ثمنه. وقال الخصاف: الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج - اه؛ و مثله فى العناية و الكفاية، و ما فى الكتاب خلاف ما قاله الخصاف، و عليه المعول، و لذا قال فى رد المحتار =

النفقة لا مرأته الحرة و لزوجته الأمة إذا بوئت معه بيتا [1]على قدر نفقة مثلها[1] بالمعروف، فيكون ذلك دينا على الحر يطلبه إياها، و أما العبد فهو فى رقبته فان فدى به مولاه[2] و الا بيع فى ذلك حتى تستوفى نفقتها ثم يستقبل نفقة بعد ذلك، و لا تقع فرقة بينهما فى شيء من أمر النفقة على حال . و قال أهل المدينة : إذا لم يجد الحر ما ينفق على امرأته أمة كانت أو حرة فرق بينهما، و كذلك العبد .

قال محمد : و كيف و قعت الفرقة إذا لم يجد النفقة و لم يوقتوا له فى

= ذكر الخصاف و تبعه الشارحون انها الشراء بالنسيئة لتقضى الثمن من مال الزوج، و فى المجتبى انها الاستقراض - بحر، و نقل القهستانى الثانى عن صدر الشريعة قال : و إليه يشير كلام المغرب - اه؛ و فى اليعقوبية انه الأولى كما لا يخفى، قال فى الدرر المنتقى : لكن التوكيل بالاستقراض لايصح على الأصح، فالأصح الاولى، و مثله فى الحوى عن البرجندى ؛ قلت : الثانى ايسر على المرأة لأنها قد لا تجد من يبيعها بالنسيئة ما تحتاجه فى كل يوم، بخلاف الاستقراض لنفقة شهر مثلا، و يأتى قريبا الجواب عن الايراد - انتهى .

(١-١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «على مثلها نفقة» و كلاهما صحيح .

(٢) اى فيها، و هو المقصود . فى الدر المختار : يباع القن و يسعى مدبر و مكاتب لم يعجز و المأذون فى النكاح، و بدونه يطالب بعد عتقه فى نفقة زوجته المفروضة اذا اجتمع عليه ما يعجز عن ادائه و لم يفده - ذخيرة؛ مرة بعد اخرى اى لو اجتمع عليه نفقة اخرى بعد ما اشتراه من علم به او لم يعلم ثم علم فرضى يبيع ثانيا، و كذا المشترى الثالث و هلم جرا لأنه دين حادث - قاله الكمال و ابن الكمال؛ فما فى الدرر تبعا للصدر سهو - انتهى . لأن النفقة تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر فى حق السيد فهو فى الحقيقة دين حادث عند المشترى - فتح .

ان لا يجد النفقة[١] ؟ أرأيتم إن كان موسرا إلا أن ماله عنه غائب فلم يقدر على نفقتها و لم يجد من يدينه[٢] أ تفرقون بينه و بينها[٣] ؟ أرأيتم إن لم يقدر على ذلك يوما أو يومين أ يفرق بينهما[٤] ؟ أرأيتم إن كان له رزق أو عطاء فى الديوان[٥] و ابطئ ذلك عنه و فيه وفاء بنفقتها و نفقته أ يفرق بينهما لذلك[٦] ؟ فقد رأينا أصحاب اليسار و الأموال الكثيرة يعوزون[٧] فى بعض الحالات حتى

(١) اى كيف يصنع به عند اختتام التوقيت .

(٢) « يدينه » اى يقرضه ، فى المغرب : دنت و استدانت : استقرضت ، و مثله ادنت على افتعلت ، و منه مضارب ادان دينا ، و دنته و ادنته و دينته : اقرضته ، و رجل دائن و مديون - اه .

(٣) فاذا لم يجد من يقرضه مع كونه موسرا لكن ماله غائب عنه لايفرق بينه و بين امرأته عندكم ايضا ، فكيف يفرق فى المسألة المذكورة .

(٤) اى لا يفرق بينهما ، يعنى لا يفرق عندكم ايضا و الحالة هذه .

(٥) الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها ، لأنها قطع من القراطيس مجموعة ، و روى ان عمر رضى الله عنه اول من دوّن الدواوين اى رتب الجرائد للولاة و القضاة ، و يقال فلان من اهل الديوان ، اى ممن اثبت اسمه فى الجريدة ، وعن الحسن رحمه الله : هجرة الأعراب اذا ضمهم ديوانهم ، يعنى اذا اسلم و هاجر الى بلاد الاسلام فهجرته انما تصح اذا ثبت اسمه فى ديوان الغزاة - اه المغرب .

(٦) يعنى لايفرق بينهما ، فكذا هذا لايفرق بينهما .

(٧) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « يعودون » بالدال و هو مصحف ، انما هو بالزاى كما هو فى الأصل ، و معناه : يعجزون و يضيق عليهم . قال فى المغرب : العوز الضيق ، و ان يعوزك الشيء اى يقل عندك و انت محتاج اليه ، ومنه قولهم « سداد من عوز » و يقال ايضا « اعوزنى المطلوب » اى اعجزنى و اشتد ، و هو قريب =

لا يقدرون على النفقة، أرأيتم إن كان رجلا [١] من أهل العراق موسرا معروفا بذلك فحج فسرقت نفقته بالمدينة فلم يقدر على ما ينفق عليها و لم يعرف أحدا يقرضه فيقترض و المرأة إنه [٢] من أكثر الناس مالا بالعراق أيفرق بينه و بين امرأته؟! لئن كان هذا ما يستقيم لرجل تكرهه امرأته أن يحج بها

= من الأول، و منه قوله مسألة يختلف فيها كبار الصحابة «يعوز فقهها» اى يشتد علمها و يعسر - اه.

(١) كذا فى الأصول «رجلا» بالنصب و لعله «رجل» بالرفع، بل الرفع متعين - كما لا يخفى، و هو اسم كان فافهم. قال فى الفتح ذيل قول صاحب الهداية «و لنا ان حقه يبطل و حقها يتأخر و الأول اقوى فى الضرر»: لنا المنقول و المعنى، اما المنقول فقوله تعالى «و ان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» و غاية النفقة ان يكون دينا فى الذمة و قد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص، و اما المعنى فهو ان فى الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية و فى الزام الانظار عليها و الاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه. و إذا دار الأمر بينهما كان التأخير اولى. و به فارق الجب و العنة و المملوك. لأن حق الجماع لا يصير دينا على الزوج و لا نفقة المملوك تصير دينا على المالك، و يخص المملوك بأن فى الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف و هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين فى الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع و حصول بدله القائم مقامه للسيد، بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل و هو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضى عليه - انتهى. وجواب المنقول الذى استدل به الشافعى و من معه سيأتى بعد.

(٢) هكذا فى الأصول، و العبارة مختلة، و لعل لفظ «المرأة» زيادة من قلم الناسخ، و العبارة هكذا «فيقترض و انه من اكثر الناس مالا - الخ».

و لا يسافر، و كيف[١] يستقيم لرجل[٢] عنه نفقته ثم تطلب فراقه؟ و كيف قلتم إن بالعسر يفرق بينه و بين امرأته؟ و ما كان أصحاب محمد صلى الله عليه و آله و سلم عامة إلا القليل منهم إلا أهل العسر ما يجدون ما يأكلون و لا ما يطعمون أهاليهم؛ و لقد بلغنا[٣] أن[٤] النبي صلى الله عليه و آله و سلم

(١) كذا في الأصول «و كيف» بالواو، و الأولى «فكيف» بالفاء - تأمل.

(٢) في الأصول بياض بعد قوله «لرجل» بقدر نصف سطر.

(٣) رواه الترمذي في جامعه: حدثنا محمد بن اسمعيل نا آدم بن ابي اياس نا شيبان ابو معاوية نا عبد الملك بن عمير عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن ابي هريرة قال «خرج النبي صلى الله عليه و سلم في ساعة لا يخرج فيها و لا يلقاه فيها احد فأتاه ابو بكر، فقال: ما جاء بك يا ابا بكر؟ فقال: خرجت ألقى رسول الله صلى الله عليه و سلم و انظر في وجهه و التسليم عليه. فلم يلبث ان جاء عمر، فقال: ما جاء بك يا عمر؟ قال: الجوع يا رسول الله! قال: و انا قد وجدت بعض ذلك، فانطلقوا الى منزل ابي الهيثم بن التيهان الأنصاري و كان رجل كثير النخل و الشاء و لم يكن له خدم فلم يجدوه فقالوا لامرأته: اين صاحبك؟ فقالت انطلق يستعذب لنا الماء. و لم يلبثوا ان جاء ابو الهيثم بقربة يزعبها فوضعها ثم جاء يلتزم النبي صلى الله عليه و سلم و يفديه بأبيه و امه ثم انطلق بهم الى حديقته فبسط لهم بساطا ثم انطلق الى نخلة فجاء بقنو فوضعه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أفلا تنقيت لنا من رطبه؟ فقال: يا رسول الله! اردت ان تختاروا - او قال: تخيروا - من رطبه و بسره، فأكلوا و شربوا من ذلك الماء فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: هذا والذي نفسي بيده من النعيم الذي تسئلون عنه يوم القيامة ظل بارد و رطب طيب و ماء بارد. فانطلق ابو الهيثم ليصنع لهم طعاما فقال النبي صلى الله عليه و سلم: لا تذبحن ذات در، فذبح لهم عناقا او جديا فأتاهم بها فأكلوا فقال النبي صلى الله عليه و سلم: هل لك خادم؟ فقال: لا. قال: فاذا اتانا سبي =

و[1] أن أبا بكر و عمر رضى الله عنهم أخرجهم من منازلهم الجوع، و لقد بلغنا[2] عن عائشه رضى الله عنها قالت: ما شبع آل محمد من خبز بر ثلاثة أيام

= فأتنا، فأتى النبي صلى الله عليه و سلم برأسين ليس معهما ثالث فأتاه ابو الهيثم فقال النبي صلى الله عليه و سلم: اختر منهما، فقال: يا نبى الله! اختر لى، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: ان المستشار مؤتمن، خذ هذا فانى رأيته يصلى و أستوص به معروفا، فانطلق ابو الهيثم الى امرأته فأخبرها بقول رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت امرأته: ما انت ببالغ ما قال فيه النبي صلى الله عليه و سلم الا ان تعتقه، فقال: هو عتيق، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: ان الله لم يبعث نبيا و لا خليفة الا و له بطانتان: بطانة تأمره بالمعروف و تنهاه عن المنكر، و بطانة لا تالوه خبالا، و من يوق بطانة السوء فقد وقى؛ قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح غريب - انتهى. و فى الحديث احكام و فوائد شتى يضيق المقام عن بيانه و هو ظاهر على الدهيم. (٤) فى الأصول «عن» مكان «ان» و ذلك تصحيف - كما لا يخفى.

(١) و فى الأصل «ان ابا بكر و عمر» بدون الواو، و الصواب «ان النبي صلى الله عليه و سلم و ابا بكر و عمر».

(٢) رواه الترمذى من طريق مجالد عن الشعبي عن مسروق عن عائشة قال: دخلت على عائشة فدعت لى بطعام و قالت: ما اشبع من طعام فأشاء ان ابكي الا بكيت، قال: قلت: لم؟ قالت: اذكر الحال التى فارق عليها رسول الله صلى الله عليه و سلم الدنيا، والله ما شبع من خبز و لحم مرتين فى يوم؛ قال الترمذى: هذا حديث حسن. و رواه عن محمود ابن غيلان: نا ابو داود انبانا شعبة عن ابى اسحاق قال: سمعت عبد الرحمن بن يزيد يحدث عن الأسود عن عائشة بلفظ: ما اشبع رسول الله صلى الله عليه و سلم من خبز الشعير يومين متتابعين حتى قبض - اه. و عند الشيخين من حديث عائشة بلفظ «قالت: ما شبع آل محمد من خبز الشعير يومين متتابعين حتى قبض رسول الله صلى الله عليه و سلم» - انتهى. و فى رواية عنها ما فى الكتاب عن بلاغ الامام محمد؛ فراجع الكتب.

متتابعات حتى لحق الله ؛ و لقد بلغنا[١] عن فاطمة رضى الله عنها شكت إلى علىّ الجوع فى ولدها فخرج حتى أتى إلى بعض أهل المدينة[٢] فاستقى له[٣] عددا من الادلاء[٤] كل دلو بتمرة حتى ملأ كفه ثم أتاها به[٥] ! فكل هؤلاء كان يجب[٦] عليه فراق أهله لو طلبت ذلك منه، و ما كان الصالحون إلا أهل الحاجة و الفقر ! و لقد بلغنا[٧] عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم

---

(١) فى كنز العمال عن علي قال: جعت مرة بالمدينة فاذا انا بامرأة قد جمعت مدرا فظننتها تريد بله فأتيتها فقاطعتها كل ذنوب على تمرة فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يدى ثم اتيت الماء فأصبت منه ثم اتيتها فقلت: يكفى هكذا بين يديها - و بسط يديه و جمعها - فعدت لى ست عشرة تمرة فأتيت النبي صلى الله عليه و سلم فأخبرته بذلك فأكل معى منها (حم و الدورقى، حل و ابن منيع) - انتهى . عن على قال: أدلو الدلو بتمرة و أشترط انها جلدة (ض) اه . و لم يصل نظرى الى سياق ما فى الكتاب، و فى حفظى انى رأيت فى كتاب لم اتذكره الآن ان على بن ابى طالب رضى الله عنه استقى ليهودى فى المدينة فى حديقته كل دلو بتمرة . ففتش فى مظان العلم و من كتبها .

(٢) لعله المرأة المذكورة، او اليهودى من اهل المدينة .

(٣) الضمير راجع الى «بعض اهل المدينة» . و فى الأصل «فاستقبله» و هو تصحيف «فاستقى له» .

(٤) كذا فى الأصول «الادلاء» . و لعله «الدلاء» جمع دلو .

(٥) كذا فى الأصول «به» وعندى الصواب «بها» راجع الى «التمرة» .

(٦) قوله «كان يجب» كذا فى الأصول و هو الصواب .

(٧) فى المقاصد الحسنة للسخاوى: قلت: و من الواهى فى الفقر للطبرانى عن شداد بن اوس رفعه «الفقر ازين بالمؤمن من العذراء الحسن على خد الفرس» وسنده ضعيف، =

قال : الفقر زين على المسلم[1] من العذراء[2] الحسن عـلى الفرس الكريم ، و لا أدرى الخير إلا و قد ذهب به أهل اليسار ، و لا يفرق بينهم و بين نسائهم ؛ و أما أهـل العسرة فيفرق بينهم و بين نسائهم[3] و ليس لهم ما يشترون به الاماء ينتفعون بهن فيبقون لا ذوى الأزواج و لا ذوى الاماء[4] ! و مثل هذا يخـاف منه الفتنة العظيمة مع الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه

= و المعروف انه من كلام عبد الرحمن بن زياد بن انعم ، كذلك رواه ابن عدى فى الكامل و محمد بن خفيف الشيرازى فى شرف الفقر و الديلمى عن معاذ بن جبـل رفعه « تحفة المؤمن فى الدنيا الفقر » و سنده لا بأس به ، و هو عند الديلمى ايضا عن ابن عمر بسند ضعيف جدا - انتهى .

(١) كذا فى الأصول ، و الصواب « ازين بالمسلم » بأفعل التفضيل و بالباء الجارة - كما عرفت من المقاصد .

(٢) هى المرأة الشابة الباكرة .

(٣) لعل الجملة بمعنى الاستفهـام فى صورة الخبر ، و العبارة تحتمـل كلا الوجهين - تأمل فيها .

(٤) و هذا عجيب ، فلم يـكن احـد من اهل العسرة متزوجا قط بل اعزب الى الموت و يدخل فى شرار الخلق ، كما ورد فى الحديث « شراركم عزابكم » ابو يعلى و الطبرانى من حديث ابى هريرة انـه قال : لو لم يبق من اجلى الا يوم واحـد لقيت الله بزوجة ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول - و ذكر ؛ و فى سنده خالد بن اسمعيل المخزومى و هو متروك ، و لهما ايضا من حديث عطية بن بسر المازنى مرفوعـا فى حديث « ان من سنتنا النكاح ، شراركم عذابكم ، و أراذل امواتكم عزابكم » و فيه معاوية بن يحيى الصدفى و هو ضعيف ، و كذا هو بهـذا اللفظ لأحمد من حديث ابى ذر رفعه ايضا فى حديث و غيرهما من الأحاديث التى لا تخلو من ضعف و اضطراب و لـكن لا يبلغ الحكم عليه بالوضع .

و آله و سلم[١] أن امرأة أتته فقالت: يا رسول الله زوجني رجلا! فقام إليه

(١) لعله يشير الى حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه الذي رواه البخاري و مسلم و غيرهما قال: جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله! جئت اهب لك نفسي، فنظر اليها رسول الله صلى الله عليه و سلم فصعد النظر فيها و صوبه ثم طاطأ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رأسه، فلما رأت المرأة انه لم يقض فيها بشيء جلست، فقام رجل من اصحابه فقال: يا رسول الله! ان لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها. قال: فهل عندك من شيء؟ قال: لا و الله يا رسول الله! فقال: اذهب الى اهلك فانظر هل تجد شيئا، فذهب ثم رجع فقال: لا و الله يا رسول الله ما وجدت شيئا. فقال رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم: انظر و لو خاتما من حديد، فذهب ثم رجع فقال: لا و الله يا رسول الله و لا خاتم من حديد و لكن هذا ازاري - قال سهل: ما له رداء فلها نصفه - فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شيء، و ان لبسته لم يكن عليك شيء؟! فجلس الرجل حتى اذا طال مجلسه قام فرآه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم موليا فأمر به فدعي فلما جاء قال: ما ذا معك من القرآن؟ قال: معي سورة كذا عددهن، فقال: تقرأهن عن ظهر قلبك؟ قال: نعم. فقال: اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن - اه. قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام: متفق عليه و اللفظ لمسلم، و في رواية له: انطلق فقد زوجتكها، فعلمها من القرآن. و في رواية للبخاري: امكناكها بما معك من القرآن؛ و لأبي داود عن ابي هريرة قال: ما تحفظ؟ قال: سورة البقرة و التي تليها. قال: قم فعلمها عشرين آية - انتهى. و في رواية الرازي «و قد زوجتكها» و رواه شعبة عن عسل فأرسله. كما في سنن البيهقي، و كذلك رواه محمد بن فضيل عن حجاج بن ارطاة عن عطاء فأرسله. ذكره المزي في اطرافه - كما في الجوهر النقي؛ فيه علة اخرى و هي ان عسلا ضعفه ابن معين، و قال الرازي: منكر الحديث؛ =

= قلت : و فى الباب عن ابن مسعود رضى الله عنـه ، كما فى سنن البيهقى و الدارقطنى ،
قال : امـا الحديث الذى رواه عتبة بن السكن عن الأوزاعى عن محمد بن عبد الله بن
ابى طلحـة عن زياد بن ابى زياد عن عبد الله بن سخبرة عن ابن مسعود رضى الله عنه :
ان امرأة اتت النبى صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله رأ فيّ رأيك ! فقال : من
ينكح هذه ؟ فقام رجل عليه بردة عاقده فى عنقه فقال : انا يا رسول الله ! فقال : أ لك
مال ؟ قال : لا يا رسول الله ! قال : اجلس ، ثم جاءت مرة اخرى فقالت : يا رسول الله !
رأ فيّ رأيك ! فقال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ينكح هذه ؟ فقام ذلك الرجل
فقال : انا يا رسول الله ! فقال : أ لك مال ؟ قال : لا يا رسول الله ! فقال : اجلس . ثم
جاءت الثالثة فقالت : يا رسول الله ! رأ فى رأيك ! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
من ينكح هذه ؟ فقام : ذلك الرجـل فقال : انا يا رسول الله ! فقال : أ لك مال ؟ قال :
لا يا رسول الله ! قال : فهل تقرأ من القرآن شيئا ؟ قال : نعم سورة البقرة وسورة المفصل ،
فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : قد انكحتكها على ان تقرئها و تعلمها و اذا
رزقك الله تعالى عوضتها فتزوجها الرجل على ذلك - انتهى . قال الدارقطنى : تفرد
بذلك عتبة و هو متروك الحديث - اه . ثم قال البيهقى : قال ابو الحسن (اى الدارقطنى) :
تفرد به عتبة و هو متروك الحديث ، قال الشيخ (هو قول تلميـذه) : عتبة بن السكن
منسوب الى الوضع ، و هذا باطل لا اصل له - اه . قال فى الجوهر النقى : طالعت كثيرا
من كتب اهل هذا الشان فأكثرهم لم يذكر عتبة هذا ، و بعض المتأخرين ذكره ، و فيه
كلام الدارقطنى خاصة ، و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال « يخطئ و يخالف » لم يزد
على هذا فلا ادرى من اين للبيهقى انه منسوب الى الوضع - اه . و لما كان الحديث
يؤيد مذهب الحنفية رماه البيهقى بالوضع و شيخه بقوله « متروك الحديث » و الحافظ
نقل قولهما فى اللسان و زاد عليه قول ابن حبـان فى الثقات « يخطئ و يخالف » و عن
غيره روى احاديث لم يتابع عليها ، و اين هذا من ذاك ! و الحـاصل إن الامام =

رجل فسأله أن يزوجها فقال له النبي صلى الله عليه و آله و سلم : أصدقها شيء، فقال: ما عندى ما أصدقها ، فبلغنا أنه زوجها إياه على أن يعلمها سورة من القرآن[١] ؛ فهذا[٢] قد استبان أنه لايقدر على شيء ينفقه عليها و قد زوجه على علم بذلك[٣] . فان كان هذا مما[٤] ينبغى أن يفرق به بين الرجل و امرأته

= محمدا رحمه الله ذكر حاصل معنى الحديث وخلاصته ههنا ، و لم يسق الحديث برمته . و فى الحديث انه صلى الله عليه و سلم سأل ثلاث مرات : ألك مال ؟ فأجاب الرجل عنه : لا مال لى ؛ و مع هذا العلم و اليقين زوجها اياه ، خلافا لما قال اهل المدينة .

(١) فى الجوهر النقى : و فى التمهيد : قال مالك و ابو حنيفة و الليث : لا يكون القرآن ولا تعليمه مهرا، وهو اولى ما قيل به فى هذا الباب ، لأن الفروج لا تستباح إلا بالأموال، لقوله تعالى « ان تبتغوا بأموالكم » و لذكره تعالى فى النكاح الطول وهو المال ، و القرآن ليس بمال لأن التعليم من المعلم و المتعلم يختلف ، و لايكاد يضبط ، فأشبه المجهول ، ومعنى « انكحتكها بما معك من القرآن » اى لكونه من اهل القرآن على جهة التعظيم للقرآن ، كما روى انس انه عليه الصلاة و السلام زوج ام سليم ابا طلحة على اسلامه و سكت عن المهر لأنه معلوم انه لا بد منه ، وجوز الشافعى و اصحابه ان يكون تعليم القرآن وسورة منه مهرا . فان طلق قبل الدخول يرجع بنصف اجر التعليم فى رواية المزنى ، وقال الربيع و البويطى بنصف مهر مثلها لأن تعليم النصف لا يوقف على حده ، فان وقف عليه جعل امرأة تعلمها ، و اكثر اهل العلم لا يجيزون ما قال الشافعى ، ودعوى التعليم على الحديث دعوى باطل لا تصح - انتهى .

(٢) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « فبهذا » - ف .

(٣) اى بأنه محتاج مفلس لا مال عنده لا يقدر على نفقتها ، و مع ذلك قد زوجه اياها ، و على قولكم لا بد من عدم الجواز ، فعلينا اتباع فعله و قوله صلى الله عليه وسلم او تقليد قولكم الذى هو خلاف الحديث !

(٤) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « هذا ما ينبغى » تأمل فيه ، اظن انه مصحف .

ان هذا[١] لاينبغى أن يفعل بالمرأة فقد كان ينبغى فى قولكم أن تبطلوها[٢] فلا تزوجوها من كان هكذا[٣] حتى يستأمرها[٤]!.

قال و بلغنا عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم[٥] أن رجلا أتاه يشكو

(١) لأنه غرور وخداع من الرجل بالمرأة وهو كما ترى لا يجوز، و الحال انه صلى الله عليه و سلم جوزه فكيف تخالفونه ؟

(٢) كذا فى الأصول بضمير المؤنث، و الصواب «ان تبطلوه» بالتذكير لأنه راجع الى النكاح و التزويج الذى صدر منه - صلى الله عليه و سلم.

(٣) اى الذى هكذا حاله من انه لا مال له و لا يجد ما ينفق عليها و لايصدقها، و لا بد من الصداق للمرأة لقوله تعالى «أن تبتغوا بأموالكم».

(٤) و الحال انه صلى الله عليه و سلم لم يستأمرها و زوجها بدون الاستئمار - تأمل.

(٥) لم يسرح نظرى الى حديث ذكره الامام محمد رحمه الله فى الكتب التى الآن عندى من سنن الدارقطنى و البيهقى و كنز العمال و الجوهر النقى و بلوغ المرام و المشكاة و الصحاح الستة و المعتصر من المختصر و غيرها من كتب الحديث، و فى حفظى ان الحديث المذكور رأيته و لكن لا اتذكر الآن فى اي كتاب رأيته، ففتشه فى دواوين الأحاديث، و فيه حديث عائشة رضى الله عنها «تزوجوا النساء فانهن يأتين بالمال» رواه البزار وغيره - كما فى كنز العمال من سنن الأقوال و الأفعال، و فى الأفعال منه اثر ابى بكر الصديق و عمر ابن الخطاب رضى الله عنهما : ابتغوا الغنا فى النكاح (وكيع الصغير فى الغرر)، و عن ابى بكر الصديق قال : اطيعوا الله فيما امركم من النكاح ينجز لكم ما وعدكم من الغنا، قال تعالى «ان يكونوا فقرآء يغنهم الله من فضله» (ابن ابى حاتم)، و عن عمر قال : ابتغوا الغنا فى الباءة، وتلا «ان يكونوا فقرآء يغنهم الله من فضله» (عب، ش) - انتهى. وحديث عائشة المرفوع الذى رواه البزار رجاله رجال الصحيح خلا مسلم بن جياد (لعله جنادة) و هو ثقة. كما فى ج ٤ ص ٢٥٥ من مجمع الزوائد.

إليه الحاجة، فقال: اذهب فتزوج؛ أفترون أن رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم كان يأمر رجلا أن يغر[1] امرأة من نفسه؟! و هل كان الصالحون من أهل الفقر إذا أراد أحدهم أن يتزوج يخبر أنه فقير لا يجد شيئا! أم كان يتزوج و لا يخبر بذلك؟! ما سمعنا أحدا ممن[2] مضى قال هذا عند النكاح، فان كانوا لا يقولون هذا عند النكاح فقد غروا امرأة من أنفسهم في قول أهل المدينة! و لا ينبغي لمسلم أن يغرّ من نفسه، المسلم أعظم[3] حرمة من أن[4] يفرق بينه

(١) كذا في الأصل، و في الهندية «ان يفرق» و هو تحريف، و الصواب «ان يغر» من الغرور و هو الخداع.

(٢) في الأصول «مما مضى» و الأولى «ممن مضى» على اقتضاء السياق؛ و معنى قوله «مما مضى» ايضا يمكن تصحيحه، اى من الزمان الذى مضى ـ تأمل.

(٣) قال المحقق في الفتح مجيبا عن استدلال الامام الشافعي رحمه الله تعالى: و اما المروى عن سعيد بن المسيب في قوله «انه سنة» فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد بذلك، قال الطحاوى: كان زيد بن ثابت يقول: المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل، قال ربيعة بن ابى عبد الرحمن: قلت لسعيد بن المسيب: ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة؟ قال: عشر من الابل، قلت: فان قطع اصبعين؟ قال: عشرون من الابل، قلت: فان قطع ثلاثا؟ قال: ثلاثون من الابل، قلت: فان قطع اربعا من اصابعها؟ قال: عشرون من الابل، قلت: سبحان الله لما كثر المها و اشتد مصابها قل ارشها! قال: انها السنة؛ قال الطحاوى، لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن ابى هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته، و الا فقد روى عن سعيد كقولنا فاضطرب المروى عنه فبطل ذكره ابن حزم و ابن عبد البر، و اما المروى عن ابى هريرة مرفوعا عند النسائى و الدارقطنى فلا شك في =

= ان رفعه غلط و انما هو من قول ابي هريرة ، روى البخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : افضل الصدقة ما ترك غنى - و في لفظ : ما كان عن ظهر غنى - و اليد العليا خير من اليد السفلى ، و ابدأ بمن تعول ، تقول المرأة : اما ان تطعمني و إما ان تطلقني ، و يقول العبد : اطعمني و استعملني ، و يقول الولد : اطعمني الى من تدعني ؟ قالوا : يا ابا هريرة اسمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : لا ، هذا من كيس ابي هريرة ؛ فثبت انه موقوف عليه ، فلا شبهة انه ليس في قول ابي هريرة هذا ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق ، و كيف و هو كلام عام منه لا يخص المعسر و لا الموسر ! و لا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على احد الأمرين عينا و هو الانفاق ، فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا ، مثل « و اشهدوا اذا تبايعتم » الآية ، يعني ينبغي ان يبدأ بنفقة العيال ، و إلا قالوا لك مثل ذلك و شوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم - كما ذكرنا ؛ و اما ما تقدم من رواية الدارقطني عن ابي هريرة « و قال مثله » فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث ابي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ، و روايته ذكرها ابن القطان في الوهم و الايهام - انتهى . و في الجوهر النقي ، ذكر (البيهقي) فيه ان عمر كتب الى امراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم ان يأخذوهم بأن ينفقوا او يطلقوا ، قلت : ذكر ابن حزم انه لا حجة لهم فيه لأنه لم يخاطب بذلك إلا الأغنياء القادرين على النفقة ، و ليس فيه حكم المعسر بل قد صح عن عمر اسقاط طلب المرأة للنفقة اذا اعسر بها الزوج ، ثم ذكر البيهقي عن ابي الزناد : سألت ابن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ؟ قال : يفرق بينهما ، قال : قلت : سنة ؟ فقال سعيد : سنة ؛ قلت : ذكره ابن حزم ثم قال : روينا من طريق عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى الأنصاري عن ابن المسيب قال : اذا لم يجد الرجل =

و بين امرأته لفقر أو بلاء يصيبه .

محمد قال: أخبرنا هشيم بن بشير[١] قال أخبرنى من أثق به[٢] عن الشعبى[٣]

= ما ينفق على امرأته اجبر على طلاقها ، ثم قال : لم نجد لأهل هذه المقالة حجة اصلا الا تعلقهم بقول ابن المسيب انه سنة ، و قد صح عنه قولان احدهما يجبر على مفارقتها و الآخر يفرق بينهما ، و هما مختلفان ، و لم يقل انه سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم ، و لو قال ذلك كان مرسلا ، و لعله اراد سنة عمر - كما روينا من فعله ؛ ثم قال: و روينا من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج : سألت عطاء عمن لم يجد ما يصلح امرأته من النفقة ؟ قال : ليس لها الا ما وجدت ، ليس لها ان يطلقها ؛ و من طريق حماد بن سلمة عن غير واحد عن الحسن فى الرجل يعجز عن نفقة امرأته قال : تواسيه و تتق الله عز و جل و تصبر و ينفق عليها ما استطاع ؛ و من طريق عبد الرزاق عن معمر : سألت الزهرى عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته أ يفرق بينهما ؟ قال : تستأنى به و لا يفرق بينهما ، و تلا « لا يكلف الله نفسا الا وسعها سيجعل الله بعد عسر يسرا » قال معمر : و بلغنى عن عمر بن عبد العزيز مثل قول الزهرى سواء ؛ و من طريق عبد الرزاق عن الثورى فى المرأة يعسر زوجها بنفقتها قال : هى امرأة ابتليت فلتصبر و لا تقول بقول من يفرق بينهما ، و هو قول ابن شبرمة و ابى حنيفة و ابى سليمان و اصحابهما - انتهى . (٤) كذا فى الهندية ، و كان فى الأصل « حرمة ان يفرق » - ف .

(١) هو السلمى الواسطى ، مضى فى باب الاستسقاء و غيره ، و هو فى ج ١١ ص٥٩ من التهذيب .

(٢) هشيم معتمد عندهم ، و هو يوثق شيخه و يثق به فهو المعتمد ، و تشخيصة و تعيينه لا يتحقق الا باحصاء شيوخه و تلاميذ الشعبى ، و قوله مروى من طرق فلا تضر جهالة الراوى عنه - فافهم .

(٣) و هو عامر الشعبى الامام ، مضى فى ابواب كثيرة .

أنه كان يقول فى الرجل إذا عجز عن نفقة امرأته: فان وجد [١] فلينفق، فان لم يجد فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

محمد قال: أخبرنا ابن المبارك [٢] عن معمر بن راشد [٣] قال: كتب عمر ابن عبد العزيز [٤] فى الرجل يعجز عن نفقة امرأته [٥] قال: لا يفرق بينهما، قال: و كتب أيضا «لا يكلف الله نفساً إلا وسعها» قال: و كان الزهرى [٦] يقول ذلك.

---

(١) اى ما ينفق على امرأته قليلا كان او كثيرا.

(٢) قوله «اخبرنا ابن المبارك» كذا فى الأصول، و هو عبد الله بن المبارك الامام، مضى فى ابواب كثيرة.

(٣) هو الأزدى الحدانى، ترجمته فى ج ١٠ ص ٢٤٢ من التهذيب، من رجال الستة، ثقة ثبت مامون متقن، رجل صالح؛ حافظ فقيه ورع، و روى عن خلق، و عنه شيوخه و اقرانه و خلق كثير، مات فى رمضان سنة اثنتين او ثلاث و خمسين ومائة، و قال الواقدى: سنة ثلاث، و قال احمد و يحيى و على: سنة اربع، و اطال الحافظ ابن حجر فى ترجمته فراجعه، و انى اختصرت ترجمته فلعله مضى من قبل و لم اتذكره، و الثانى انه من رجال الستة وكونه ثقة متفق عليه.

(٤) هو الخليفة الراشد امير المؤمنين عمر بن عبد العزيز - رحمه الله تعالى.

(٥) كذا فى الأصل، و فى الهندية «المرأة» و الأولى «امرأته»؟ و فاعل «قال» هو معمر بن راشد.

(٦) هو محمد بن شهاب الزهرى، تقدم، و لى فى ترجمته رسالة «رفع الارتياب عن تابعية ابن شهاب» رددت فيها على بعض ابناء الزمان الذى انكر تابعيته، وهى مطبوعة.

محمد قال: أخبرنا حماد بن زيد[١] عن رجل[٢] لم يسمه قال: كتب عمر ابن عبدالعزيز: رضيت بيسره فلترض بعسره[٣].

(١) ابن درهم الازدى الجهضمى، ابو اسمعيل البصرى، من رجال الستة، روى عن ثابت البنانى و انس بن سيرين وعبدالعزيز بن صهيب و عاصم الأحول و محمد بن زياد القرشى و ابى جمرة الضبعى و الجعد ابى عثمان و ابى حازم سلمة بن دينار وشعيب ابن الحبحاب و صالح بن كيسان و عبد الحميد صاحب الزيادى و ابى عمران الجونى و عمرو بن دينار و هشام بن عروة و عبيد الله بن عمر و غيرهم من التابعين فمن بعدهم، و عنه ابن المبارك و ابن مهدى و ابن وهب و القطان و ابن عيينة و هو من اقرانه و الثورى وهو اكبر منه و ابراهيم بن ابى عبلة وهو فى عداد شيوخه ومسلم بن ابراهيم وخلق كثير، و أطال الحافظ فى ترجمته، قال ابن مهدى: أئمة الناس فى زمانهم اربعة: الثورى بالكوفة، و مالك بالحجاز، و الأوزاعى بالشام، وحماد بالبصرة؛ سيد المسلمين و اعلمهم، ليس له نظير فى الاسلام فى هيئته و دله، و هو من عقلاء الناس، ثقة ثبت حجة، كثير الحديث، مات فى رمضان سنة ١٧٩ و له فضائل و مناقب.

(٢) من هو لا ادرى، و شيوخه بمرأى منك فشخصه انت.

(٣) يعنى لايفرق بينهما. قال ابن حزم: و يؤيد قولنا قوله تعالى «لينفق ذو سعة من سعته» الى قوله «بعد عسر يسرا»؛ و ذكر ايضا حديث مسلم عن جابر ان ابا بكر قال: يا رسول الله لو رأيت ابنة خارجة سألتنى النفقة فقمت اليها فوجأت عنقها! فضحك رسول الله صلى الله عليه و سلم و قال: هن حولى كما ترى سألننى النفقة، فقام أبو بكر الى عائشة يجأ عنقها و قام عمر الى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده - الحديث؛ ومن المحال المتيقن ان يضر طالبة حق - انتهى كلام ابن حزم، وجعله صاحب الاستذكار قول الشعبى ايضا، ثم ذكر البيهقى من طريق =

= الدارقطني عن حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما، قال: و ثنا حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم؛ قلت: ذكر الدارقطني في سننه من طريق شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تقول لزوجها - الحديث، ثم ذكر عن شيبان ان حمادا حدثهم بكلام ابن المسيب، ثم ذكر الدارقطني سنده بذلك الى حماد، ثم ذكر بسنده الى حماد عن عاصم بن بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم بمثله - فقوله «بمثله» راجع الى حديث ابي هريرة الذي ذكره الدارقطني اولا ثم ذكر بعده كلام ابن المسيب ثم انعطف على الحديث الأول-فذكره من وجه آخر عن حماد بسنده الأول، و البيهقي لم يذكر الحديث الأول بل ذكر كلام ابن المسيب من طريق الدارقطني ثم ذكر السند الذي بعده و آخره عن النبي صلى الله عليه و سلم مثله ففهم عن الدارقطني ان المراد بقوله «مثله» كلام ابن المسيب و ان ذلك من هذا الوجه مرفوع الى النبي صلى الله عليه و سلم، و صرح البيهقي بذلك في الخلافيات فذكر كلام ابن المسيب ثم قال: و روى عن ابي هريرة مرفوعا في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما؛ و ليس الأمر كما فهم البيهقي، و لا يعرف هذا مرفوعا في شيء من كتب الحديث، بل قوله «مثله» راجع الى الحديث الأول كما ذكرنا، و السند من حماد الى آخره سند واحد؛ و أيضا يبعد في العادة أن يذكر كلام تابعي ثم يشهد عليه بحديث مرفوع، ثم ذكر البيهقي حديث ابي هريرة و فيه «امرأتك تقول: اطعمني و الا فارقني» ثم ذكره البيهقي من وجه آخر، و هو هذا الكلام من قول ابي هريرة؛ قلت: على تقديرا لتسليم انه مرفوع فليس فيه الا مطالبتها له بالفراق، لأنه فيمن لاينفق و منه النفقة، و لاخلاف ان الفرقة هنا غير مستحقة - انتهى ما في الجوهر النقي.

باب العبد يتزوج الحرة باذن سيده فتلزمه[1] النفقة

محمد قال: قال أبو حنيفة رضي الله عنه فى العبد ينكح المرأة الحرة باذن سيده فتلزمه النفقة: إن ذلك دين عليه فى عنقه، و لها أن تستبيعه فى ذلك و تحول بين سيده و بين استعماله حتى تستوفى حقها، فان شاءت باعته فيما وجب لها من ذلك إن لم يفده[2] سيده من ذلك. و قال أهل المدينة: إن كان للعبد مال أنفق عليها، و إن لم يكن له مال كان سيده أحق بعمله و خراجه منها[3]، فان أذن سيده أن يبعثه فى صنعته أو فى سفره لم يكن لها أن تحبسه فى نفقتها[4].

قال محمد: بينما أهل المدينة يشددون فى النفقة و يزعمون أنه

---

(١) كذا فى الأصل. و فى الهندية «فالتلزمه» تصحيف. و قوله «باذن سيده» فان نكح بلا اذنه فالنكاح فاسد. و قوله «فى عنقه» اى تلزمه اذا اعتق. و قوله «تستبيعه» اى تطلب بيعه فى حقها. و قوله «تحول بين - الخ» اى تمنعه من خدمة سيده.

(٢) اى لم يعطه ما ينفق على زوجته.

(٣) كذا فى الأصل، و فى الهندية «منهما» بضمير التثنية تصحيف، و الصواب بالتأنيث - كما لا يخفى.

(٤) فى المدونة: قلت: أرأيت العبد الذى تكون نفقة امرأته عليه أتجعل نفقتها فى ذمته فى قول مالك؟ قال: نعم، قلت: فيبدأ بنفقة المرأة او بخراج سيده؟ قال: ليس للمرأة من نفقتها فى خراج السيد قليل و لا كثير، و عمل العبد للسيد، و انما ينفق عليها العبد من ماله ان كان له و الا فرق بينهما، إلا ان يرضى السيد ان ينفق عبده على امرأته من مال السيد او من كسبه الذى يكسبه للسيد او من عمله الذى يعمله للسيد، و هذا رأيي. قلت: و لا يباع العبد فى نفقة امرأته ان وجب لها عليه نفقة فى قول مالك؟ قال: لا - اه. و راجع باب نفقة العبيد على نسائهم.

إنْ لم يقدر على شيء فرق بينهما ، و إذا هم[١] يزعمون أن سيده أحق بعمله و خراجه[٢] و رقبته و جميع أمره من زوجته و قد لزمه لها دين نقض[٣]!!

(١) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « إذا هم » بغير واو - ف .

(٢) الخراج ما يخرج من غلة الأرض او الغلام ، و منه الخراج بالضمان اى الغلة بسبب ان ضمنته ضمنت ، ثم سمى ما يأخذه السلطان خراجا فيقال : ادى فلان خراج ارضه ، و ادى اهل الذمة خراج رؤسهم - يعنى الجزية ، و عبد مخارج ، و قد خارجه سيده اذا اتفقا على ضريبة يردها عليه عند انقضاء كل شهر - اه المغرب . و فى المدونة : قلت : أرأيت المرأة اذا خاصمت زوجها فى النفقة كم يفرض لها ؟ نفقة سنة او نفقة شهر بشهر ؟ قال : لم اسمع من مالك فيه شيئا و لكنى ارى ذلك على اجتهاد الوالى فى عسر الرجل و يسره ، و ليس كل الناس فى ذلك سواء ، قلت : أرأيت النفقة على الموسر و على المعسر كيف هى فى قول مالك ؟ قال : ارى ان يفرض لها على الرجل على قدر يساره و قدر شأن المرأة ، و على المعسر ايضا ينظر السلطان فى ذلك على قدر حاله و على قدر حالها ، قلت : فان كان لا يقدر على نفقتها ؟ قال : يتلوم له السلطان فان قدر على نفقتها و الا فرق بينهما . قال مالك : و الناس فى هذا مختلفون منهم من يطمع له بقوة و منهم من لا يطمع له بقوة . قلت : أرأيت ان فرق السلطان بينهما ثم ايسر فى العدة ؟ قال مالك : هو املك برجعتها ان ايسر فى العدة ، و ان هو لم ييسر فى العدة فلا رجعة له . و رجعته باطلة اذا هو لم ييسر فى العدة - اه . و راجع باب فرض السلطان النفقة للمرأة على زوجها من المدونة تجد فيها جزئيات تناسب هذا المقام .

(٣) كذا فى الهندية ، و لم يذكر لفظه « نقض » فى الأصل ، و لعله « نقيض » يعنى هذا القول نقيض لقولهم الأول ، يريد ان بينهما تناقضا و تعارضا فانهم يشددون فى النفقة و يقولون إنه ان لم يقدر عليها فرق بينهما و يقولون إن السيد أحق بعمله و خراجه الخ من زوجته . قيل : قوله « نقض » خبر لقوله « بينهما » اعنى فى قولهم النفقة مؤكدة للزوجة =

و كيف

وكيف كان السيد أحق بذلك من المرأة و الحرّ لو تزوج امرأة فلحقه نفقة فلم يؤدها حبس فى السجن[١] حتى يؤديها إن كان يقدر عليها! فكذلك العبد إذا كان يقدر فى الشهر على أن يعمل فيؤدى النفقة فالمرأة أولى بغلته وخراجه من مولاه حتى تستوفى[٢]، و ما ذلك إلا كدين لحق العبد من تجارة

= و فى قولهم «السيد احق» نقيض ظاهر . و فى المغرب : نقض البناء و الحبل نقضا و انتقض بنفسه ، و ناقض آخر قوله الأول ، و تناقض القولان ، و فى كلامه تناقض ، و قوله «التقيا فتناقضا البيع» اى نقضاه كأنه قاسه على قولهم «تراؤا الهلال» اى راؤه ، و «تداعوا القوم و تساءلوهم» اى دعوهم وسألوهم ، و إلا فالتناقض لازم . و النقض البناء المنقوض ، و الجمع نقوض ؛ و عن الغورى : النقض بالكسر لا غير - انتهى . فالنقض بمعنى النقيض او الناقض او التناقض - و الله اعلم .

(١) هو المحبس واحد السجون . و فى حديث عمر رضى الله عنه ان رجلا قال له : اجرنى من دم عمد . فقال : السجن ؛ روى بالنصب و الرفع على تقدير «ادخلك» او «لك» ؛ و فى حديث المقبرى عن جده قال شهدت عليا بالكوفة يعرض السجون اى يعرض من فيها من المسجونين يعنى يشاهدهم و يفحص عن اخبارهم - اه المغرب . و فى الدر المختار : فان لم يعط حبسه و لا تسقط عنه النفقة ، خلاصة و غيرها - اه . و فى الفتح : امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق بينهما ، و يبيع الحاكم ماله عليه و يصرفه فى نفقتها ، فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها و لا يفسخ و لا يباع مسكنه وخادمه لأنه من اصول حوائجه وهى مقدمة على ديونه ، و قيل : يبيع ما سوى الازار الا فى البرد ، و قيل : ما سوى دست من الثياب ، و اليه مال الحلوانى ؛ و قيل : دستين ، و اليه مال السرخسى ؛ و لا تباع عمامته - قهستانى عن المحيط ، در منتقى ؛ و الدست ما يلبسه الانسان و يكفيه لتردده فى حوائجه ، جمعه دسوت ؛ مصباح - قاله فى رد المحتار .

(٢) تستوفى اى نفقتها ، قالوا : يعتبر فى الفرض الأصلح والأيسر ، فى المحترف يوما =

أذن له فيها مولاه[١] فينبغي أن يكون الغرماء أحق بكسبه حتى يؤدي

= يوم لأنه قد لايقدر على تحصيل نفقة شهر دفعة، و هذا بناء على انه يعطيها معجلا و يعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم، و ان كان تاجرا فنفقة شهر بشهر؛ او من الدهاقين فنفقة سنة بسنة؛ او من الصناع الذين لا ينقضي عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك - فتح وغيره؛ قلت: ومشى في الاختيار و غيره على ما ذكره المصنف من التقدير بشهر لأنه وسط و هو الذي ذكره محمد. نعم في الذخيرة عن السرخسي، انه ليس بتقدير لازم، و ان بعض المتأخرين اعتبر ما مر من التفصيل في حال الزوج.

(١) قيل: لأن العبد المأذون يباع في دينه - اه؛ يباع القن المأذون في النكاح في نفقة زوجته المفروضة اذا اجتمع عليه ما يعجز عن ادائه و لم يفده - ذخيره؛ يبيعه سيده لأنه دين تعلق برقبته باذن المولى فيؤمر ببيعه، فان امتنع باعه القاضي بحضرته، و اذا تزوج القن او المدبر و نحوه بلا اذن السيد يطالب بالنفقة بعد العتق اي بالنفقة المستقبلة لا التي في حال رقه لعدم كونها زوجة وقته؛ قال في الفتاوى الهندية: فان تزوج هؤلاء بغير اذن المولى فلا نفقة عليهم و لا مهر - كذا في الكافي، و ان اعتق واحد منهم جاز نكاحه حين عتق و عليه المهر و النفقة في المستقبل - اه، ح رد المحتار. و كل دين وجب عليه بتجارة او بما هو في معناها كبيع و شراء و اجارة و استئجار و غرم وديعة وغصب و امانة جحدها وعقر وجب بوطئ مشرية بعد الاستحقاق يتعلق برقبته، كدين الاستهلاك و المهر و نفقة الزوجة يباع فيه. و لهم استسعاؤه ايضا - زيلعي، اه الدر المختار؛ و لا يجوز بيعه الا برضا الغرماء او بأمر القاضي لأن للغرماء حق الاستسعاء ليصل اليهم كال حقهم، و يبطل ذلك ببيع المولى فاحتيج الى رضاهم - ولوالجية؛ و فيها: و لو باعه القاضي لمن حضروا يحبس حصة من غاب من ثمنه، قال الزيلعي: لا يعجل القاضي ببيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال يقدم عليه او دين يقتضيه، =

ما عليه، و المولى لو أراد أن يبعثه فى سفر لم يكن له ذلك[١]، فكذلك ما وجب للمرأة من نفقة أو صداق، لأن النكاح لم يتم إلا باذن المولى و رضاه فصار ذلك كاذنه له فى التجارة و الاستدانة - و الله أعلم.

باب الرجل يغيب فتستدين المرأة فى غيبته

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى المرأة يغيب عنها زوجها زمانا[٢] و لم يكن فرض لها نفقة ثم يقدم فتطلبه بنفقتها فأقر: إنه لم يكن يبعث

= فاذا مضت مدة التلوم و لم يظهر له وجه باعه - اه؛ و فيه من موضع آخر: ثم ببيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة، و ببيع العبد الجانى بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفداء بالأرض لأن الدين هنا على العبد بحيث لا يبرأ بالعتق، و لا يجب على المولى شيء، و لو اختار المولى الفداء صريحا بأن قال «انا اقضى دينه» كان عدة منه تبرعا فلا يلزمه، بخلاف الجناية فان موجبها على المولى خاصة - اه رد المحتار.

(١) اى لم يكن له بعثه فى السفر الا برضا الغرماء لكيلا يبطل حقهم.

(٢) اى زمانا طويلا. و تذكر ما مضى من الفتح و الجوهر النقى و غيرهما من معنى الاستدانة و غيره. قال فى غرر الأذكار على ما نقله فى رد المحتار: ثم اعلم ان مشايخنا استحسنوا ان ينصب القاضى الحنفى نائبا ممن مذهبه التفريق بينهما اذا كان الزوج حاضرا و ابى عن الطلاق لأن رفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة، اذ الظاهر انها لا تجد من يقرضها، و غنى الزوج مآلا امر متوهم، فالتفريق ضرورى اذا طلبته، و ان كان غائبا لا يفرق لأن عجزه غير معلوم حال غيبته، و ان قضى بالتفريق لا ينفذ قضاؤه لأنه ليس فى مجتهد فيه لأن العجز لم يثبت - اه. و نقل فى البحر اختلاف المشايخ. و ان الصحيح كما فى الذخيرة عدم النفاذ لظهور مجازفة الشهود - كما فى العناية و الفتح. و ذكر فى قضاء الأشباه فى المسائل التى لا ينفذ فيها قضاء القاضى: ان منها التفريق للعجز عن الانفاق غائبا على الصحيح لا حاضرا اه: و الحاصل ان التفريق بالعجز =

= عن النفقة جائز عند الشافعى حال حضرة الزوج و كذا حال غيبته مطلقا او ما لم تشهد بينة باعساره الآن ، كما علمت مما نقلناه عن التحفة ؛ و الحالة الأولى جعلها مشايخنا حكما مجتهدا فيه فينفذ فيه القضاء دون الثانية ، و به تعلم ما فى كلام الشارح حيث جزم بالنفاذ فيهما فانه مبنى على خلاف الصحيح المار عن الذخيرة ؛ و ذكر فى الفتح انه يمكن الفسخ بغير طريق اثبات عجزه بل بمعنى فقده و هو ان تتعذر النفقة عليها ، و رده فى البحر بأنه ليس مذهب الشافعى ؛ قلت : و يؤيده ما قدمناه عن التحفة حيث رد على شرح المنهج بأنه خلاف المنقول ، فعلى هذا ما يقع فى زماننا من فسخ القاضى الشافعى بالغيبة لا يصح ، و ليس للحنفى تنفيذه سواء بنى على اثبات الفقر او على عجز المرأة عن تحصيل النفقة منه بسبب غيبته ، فليتنبه لذلك ؛ نعم يصح الثانى عند احمد ، كما ذكر فى كتب مذهبه . و عليه يحمل ما فى فتاوى قارى الهداية حيث سئل عمن غاب زوجها و لم يترك لها نفقة فأجاب : اذا اقامت بينة على ذلك وطلبت فسخ النكاح من قاض يراه ففسخ نفذ ، و هو قضاء على الغائب ، و فى نفاذ القضاء على الغائب روايتان عندنا ، فعلى القول بنفاذه يسوغ للحنفى ان يزوجها من الغير بعد العدة ، و اذا حضر الزوج الأول و برهن على خلاف ما ادعت من تركها بلا نفقة لا تقبل بينته لأن البينة الأولى ترجحت بالقضاء فلا تبطل بالثانية - اه ، و اجاب عن نظيره فى موضع آخر بأنه اذا فسخ النكاح حاكم يرى ذلك و نفذ فسخه قاض آخر و تزوجت غيره صح الفسخ و التنفيذ و التزوج بالغير ، و لا يرتفع بحضور الزوج و ادعائه انه ترك عندها نفقة فى مدة غيبته - الخ ؛ فقوله « من قاض يراه » لا يصح ان يراد به الشافعى فضلا عن الحنفى بل يراد به الحنبلى . فافهم - انتهى .

قلت : و فى العصر الحاضر فى الهند الفتوى فى الحالة هذه على التفريق بينهما بعدم اداء النفقة لها سواء كان حاضرا او غائبا . و الفت فى ذلك رسالة مسماة بالحيلة الناجزة ، و عليها امضاءات الأكابر و الشيوخ ، فعليك بها فانها مفيدة جدا ، الفها الشيخ =

إليها

إليها نفقة، إنه لا نفقة لها[1] لأنه لم يكن قدر لها قبل ذلك[2]، وكذلك إن

= الأجل الجامع بين الشريعة و الطريقة حكيم الأمة مولانا العلامة اشرف على التهانوى، امطر الله عليه شآبيب الرحمة و المغفرة - هذا .

(١) لأنها لا تصير دينا اذا لم ينفق عليها بأن غاب عنهـا او كان حاضرا فامتنع، فلا يطالب بها بل تسقط بمضى المدة . قال فى الفتح: و ذكر فى الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط، فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه، اذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ اصلا - اه؛ و مثله فى البحر، و كذا فى الشرنبلالية عن البرهان؛ و وجهه فى غاية الظهور لمن تدبر فافهم، الا بالقضاء بأن يفرضها القاضى عليـه اصنافا او دراهم او دنانير - نهر، او يكون دينا بالرضا اى اصطلاحهما على قدر معين اصنافا او دراهم فقبل ذلك لا يلزمه شىء عما مضى قبـل الفرض بالقضاء او الرضا، و لا عما يستقبل لأنه لم يجب بعد، و لذا لا يصح الابراء عنها قبل الفرض، و بعده يصح مما مضى ومن شهر مستقبل - كذا فى الدر المختار ورد المحتار . و النفقة نتيجة احتباس الزوجة فى بيته لأداء حقوق الزوجية . ثم اعلم ان النفقة عند الامام ابى حنيفة و اصحابه تجب للزوجة بنكاح صحيح على زوجها لأنها جزاء الاحتباس، و كل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته كمفت و قاض و وصى زيلعى و عامـل و مقاتلة قاموا بدفع العدو و مضارب سافر بمال مضاربة و لو صغيرا جدا لا يقدر على الوطئ لأن المـانع من قبله، او فقيرا، و لو كانت مسلمة او كافرة او كبيرة او صغيرة تطيق الوطأ او تشتهى للوطئ فيما دون الفرج فقيرة او غنية موطوءة او لا بقدر حالهما به يفتى . و المتون و الشروح عليه، و لو هى فى بيت ابيها اذا لم يطالبها الزوج بالنقلة به يفتى - كذا فى كتب الفقه و هى مشحونة بوجوب النفقة على الزوج، و من قال بخلاف ذلك فقد جهل مذهب الحنفية فانهم قائلون بوجوبها للزوجة على الزوج . و اذا عرفت ان النفقة عندهم جزاء الاحتباس لم يرد عليهم ما تفوه ابن حزم بقوله : و العجب =

= كله ان الحنفيين لا يجيزون لمن ظلمه انسان فأخذ له مالا فقدر على الانتصاف من مال يجده لظالمه ان ينتصف! و رأوا منع الناشزة النفقة و الكسوة و لا يدرى لما ذا - انتهى . قلت : المسألة الأولى لا تعلق لها بالنفقة . و لها وجه وجيه مذكور فى موضعه ' و الثانية لم يوجد فيها احتباس ، و النفقة جزاؤه ، و ابن حزم لم يعرف بينهما فرقا لقلة تفقهه فى المسائل ، و اين النشوز المعدم للاحتباس و اين عدم جواز الانتصاف من الظالم؟! بينهما بون بعيد ؛ ثم قال : و قد تناقضوا فى حجتهم المذكورة فرأوا النفقة للربضة التى لا يمكن وطؤها فتركوا قولهم ان النفقة بازاء الجماع - اه . وجوب النفقة للريضة لكونها محبوسة فى بيت الزوج ، و الناشزة تعدم الاحتباس فكيف يكون لها النفقة ؟ و اين التناقض الا فى سوء فهمه ؟! و الحنفية لم يقولوا بأن النفقة بازاء الجماع ! و هذا افتراء عليهم ، بل قالوا انها بازاء الاحتباس يقدر على الوطئ او لم يقدر . و الفرق بين الناشزة و المريضة ان احداهما نافرة خارجة غير محتبسة ، و ثانيتهما مقيدة محتبسة لمنفعة زوجها بأى وجه كانت و لو بالرؤية و اللس و نحوهما ، فأين هذا من ذاك ؟! و برهانه ساكت عن المريضة و الناشزة ، و السكوت لا يكون حجة على غيره ؛ و ما كان ربك نسيا ! و قد قال الله تعالى « فأمسكوهن بالمعروف » فاذا كان الامساك هو الاحتباس فلهن رزقهن و كسوتهن بالمعروف - كما فى الحديث ، وحديث مالك بن فضالة الجشمى الذى رواه ابن حزم و فيه قال له صلى الله عليه و سلم « و اما بنعمة ربك فحدث » لا تعلق له بنفقة الزوجة بوجه من الوجوه الا فى زعم ابن حزم و هو ايضا بالقياس و القياس كله باطل عنده ! ثم قال فى ج ١٠ ص ٩٣ فى العاجز عن النفقة : و قال ابو حنيفة : لا نفقة للمرأة الا ان يفرضها السلطان - اه . هذا افتراء منه على الارسال و الاطلاق ، لم يقل ابو حنيفة هكذا « لا نفقة للمرأة » بل عنده تجب النفقة على الزوج - كما عرفت قبل اسطر ، و انما قال ابو حنيفة فى النفقة التى لم ينفقها عليها مدة غاب عنها : تسقط عنه و لا تصير دينا عليه الا بالقضاء او الرضاء على قدر معين منهما ؛ و اين هذا و اين =

كان شاهدا[١] فلم تطلبه فلا نفقة لها فيما مضى[٢] . و قال أهل المدينة : إذا قدم فقالت « لِمَ لم تبعث إلىّ بنفقة »؟ فقال « قد كنت أبعث[٣] إليك بالنفقة » لم يصدق و أخذ به ، و إن كان شاهدا فلم تطلبه بنفقتها و أقرّ أنه لم يعطها

= ما قاله ابن حزم من القول الذى اوهم غير المراد ! و تأويل الكلام بما لا يرضى به قائله مردود على المؤول ، فانهدم ما بناه بعد ذلك بقوله : قال ابو محمد : قد فرضها لها سلطان السلاطين و هو الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه و سلم فبطل رأى ابى حنيفة - اه . و ابو حنيفة قائل بما قاله سلطان السلاطين ، و كتب مذهبه مشحونة بذلك ، لكن سلطان السلاطين لم يقل ان نفقة المدة التى غاب فيها صارت دينا عليه و لم تسقط عنه ! اين هو فى البرهان الا قياس ابن حزم ؟ و ما كان ربك نسيا ، و القياس كله باطل عنده . قلت : اصل النشوز الارتفاع ، فى المغرب : النشز بالحركة و السكون المكان المرتفع ، و الجمع نشوز و انشاز ، و منه « رأى قبورا مسنمة ناشزة » اى مرتفعة من الأرض ، و منه : نشزت المرأة على زوجها فهى ناشزة اذا استعصت عليه و ابغضته ، وعن الزجاج : النشوز يكون من الزوجين و هو كراهة كل واحد منهما صاحبه - اه . و راجع باب النهى عن النشوز من احكام القرآن للجصاص فانه فصل المقام - غفر الله له ؛　　(٢) يعنى لم يصطلحا على قدر معين بالتراضى قبل الغيبة ، و لم يقض بها القاضى فان التقدير شامل لتقدير القاضى و لاصطلاحهما بالتراضى على القدر المعين ، و لم يوجد ذلك فلم تصر دينا عليه حتى لزم أداؤها عليه .

(١) اى حاضرا ، و الشهود و المشهد : الحضور ، شهد المكان : حضره شهودا - مغرب .

(٢) كذا فى الأصول ، و الأولى « مما مضى من المدة » ؛ فسقطت و لم تجب عليه .

(٣) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « قد كنت بعثت » و الراجح ما فى الأصل . قيل : فهم من ذلك انه اذا قال « ما بعثت » لم تؤخذ منه .

نفقة لما مضى [١] لم يكن لها نفقة ما مضى؛ و فرقوا بذلك بين الغيبة و الشهادة [٢] .

و قال محمد : و كيف تأخذه بنفقة ما مضى إذا أقر لم يبعث [٣] إليها بنفقة و لا تأخذه بذلك فى المشهد ؟ قالوا [٤] : لأنها فى المشهد معصية و ليست بمعصية فى الغيبة . قيل لهم : أو ليس من رأيكم أنها إذا رفعت أمرها إلى القاضى [٥] [٦] فرض ؟ قالوا [٦] : بلى . قيل لهم [٧] : فما حالها إلا واحد! قالوا [٤] : نرى ذلك واجبا عليه فى الغيبة فكذلك رأينا [٨] أن تأخذه بذلك . قيل لهم : فحيث رأيتم

(١) اى من المدة قيل : فهم منه انه اذا قال «اعطيتكها» يصدق . قال ابن حزم فى المحلى : و قال مالك : من غاب ثم قدم فطلبته امرأته بالنفقة فان اقامت لها بينة بأنها أقر لها بأنه لم يبعث اليها بشيء قضى لها و الا فلا نفقة لها الا من يوم ترفعه . قال ابو محمد : وهذه ايضا قضية لا دليل على صحتها ، و لايدرى لما ذا سقط حقها الواجب لها بدعواه - انتهى .

(٢) اى الحضور كقوله تعالى «فمن شهد منكم الشهر فليصمه» و من شهد الجمعة اى حضرها .

(٣) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب «انه لم يبعث» فسقط لفظ «انه» من الأصول بسهو الناسخ - و الله اعلم .

(٤) و فى الهندية «فان قالوا» - ف .

(٥) كذا فى الأصل ، و زاد فى الهندية «و هو غائب» - ف .

(٦ - ٦) كذا فى الأصل ، و فى الهندية «فرض لها فان قالوا» - ف .

(٧) زاد فى الهندية بعد قوله «قيل لهم» «فهذه ايضا معصية لأنها لو رفعت امرها فرض قالوا بلى قيل لهم» وهذه من زيادات بعض اهل العلم لا يحتاج اليها بل هو تحريف ، و الصواب ما فى الأصل - ف .

(٨) هذا تتمة قول اهل المدينة ، و الظاهر من السياق انه قول الامام محمد ، يعنى لما كانت النفقة واجبة عليه عندكم فى الغيبة فكذلك نرى انها واجبة عليه فى المشهد ايضا ، و المرأة تأخذه بذلك الوجه ، اى يكون النفقة واجبة عليه .

أن

أن ذلك واجب عليه فكيف صدقتموه بقوله «إنى كنت أبعث بالنفقة»[١] ليس ينبغى أن يصدق قولكم[٢] على هـذا فى أمر قد وجب عليه ؛ أرأيتم لو كان فرض لها نفقة مفروضة و رفعته فى ذلك قبل غيبته إلى القاضى ففرض لها القاضى فى كل شهر شيئا معلوما ثم غاب حينا[٣] ثم قدم فقـالت «لم تبعث نفقة» فقال «قد كنت أفعل» أيصدق فى ذلك ؟ فان قلتم : إنه يصدق ؛ فهذا مما لا ينبغى أن يشكل على أحـد أن يكون رجل قد أوجب لامرأته عليه نفقة و فرضها له القاضى فيصدق بقوله «إنى قد دفعتها»! و لئن صدق فى ذلك فى الغيبة ليصدقن فى المشهد إذا قال «قد دفعت ذلك إليهـا»! و إن قلتم :

(١) فبين قوليـكم تعارض و منـاقضة . و قوله «صدقتموه - الخ» قيل: الظاهر انهم ما صدقوه إلا أنه فهم من قولهم السابق انه صدق فى قوله «اعطيتكها» كما مر ذكره - اه قلت : ذكر الامام قول الزوج الذى صدقوه بعده ، و قد مر من قبل انه اذا قال «كنت ابعث بالنفقة» لم يصدق و اخذ به ، فلعل فى العبارة خللا وقع بسهو الكاتب ، و التصديق منهم وقع لقول الشاهد الذى قال انه لم يعطها بالنفقة لما مضى قالوا : لا نفقة لها لما مضى من الزمان - تدبر فى العبارة و لا تـكن من الغافلين .

(٢) كذا فى الأصول «قولكم» و الظاهر ان يكون «قوله» بضمير الغيبة الراجع الى الزوج او الرجل - فافهم .

(٣) المراد هنا بالحين مطلق الزمان و المدة ، و الا فله معان اخر كما فى القاموس و غيره . و قال فى المغرب : الحين كالوقت فى انه مبهم يقع على القليل و الكثير . ومنه قول النابغة يصف حية :

تناذرها الراقون من سوء سمها　　تطلقه حينا و حينا تراجـــع

يعنى ان السم يخف المه وقتا و يعود وقتا . و قوله تعالى «و لتعلمن نبأه بعد حين» اى بعد قيام الساعة . و قوله تعالى «تؤتى أكلها كل حين» مختلف فيه - انتهى .

لا يصدق على ذلك لأنه حق وجب لها ؛ فقد زعمتم أن لها النفقة عليه[١] إذا كان غائبا و إن لم يفرض ذلك لها ، و لئن كان ذلك واجبا بغير فريضة فرضت لها[٢] كما وجبت[٣] النفقة بالفريضة ما ينبغى أن يصدق[٤] على أنه بعث بذلك إليها إلا ببينة ، و ما حالها إلا سواء ، و لكن الأمر على خلاف هذا ، إنما تجب النفقة بالفريضة ، فاذا فرض لها فريضة[٥] فى كل شهر او فرض لها ذلك القاضى عليه فذلك دين عليه[٦] ، و لا يصدق على دفع ذلك إلا ببينة ، و إذا لم يفرض[٧] لها و لم تطلب ذلك[٨] فيفرض لها القاضى ، و لا نفقة لها[٩]

(١) قيل : يعنى اذا قلتم انه غير مصدق فى قوله فكأنما قلتم ان النفقة واجبة عليه ، لأن قول المسلم لا يسقط عن حد القبول الا بالدليل او لحفظ الحق و ليس فى غير الواجب حق - اه .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « بها » بالباء الجارة ، و الأولى « لها » باللام كما لا يخفى . قيل : قوله « فريضة - الخ » اى بدون تقدير القاضى .

(٣) كذا فى الهندية ، و فى الأصل « وجب » - ف .

(٤) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « ان لا يصدق » - ف .

(٥) اى فرض لها الزوج بالتراضى منهما بدون تقدير القاضى و لم يعطها فيكون ذلك دينا عليه ، و لا بد من الدفع اليها .

(٦) و الدين لا بد له من الأداء الى صاحب الحق او الابراء منه ، و لا يصدق على ادائه الا بالبرهان و البينة .

(٧) اى لم يفرض الزوج لها نفقة .

(٨) و الطلب من الزوجة شرط لذلك ، و إذا لم تطلبه و لم ترفع الى القاضى لا تصير دينا عليه و تسقط لما مضى من المدة .

(٩) لأن العوض و المعوض لا يجتمعان فى وقت واحد ، و لذا سقطت النفقة التى =

و إن أقر أنه لم يبعث إليها بنفقة لم يكن لها عليه نفقة لما مضى[1] و استقبل النفقة عليها فيما يستأنف[2] .

أخبرنا محمد قال : أخبرنا أبو كدينة يحيي بن المهلب[3] عن مطرف بن طريف عن عامر الشعبى عن شريح[4] أنه قال: إذا ادانت المرأة على زوجها

= وجبت عـلى الزوج فى المدة التى غاب عنها او لم يعطها اذا كان حاضرا . قيل : المراد بالنفقة بتقدير الزوج ـ اه . و انت تعلم كيف يصح هذا و الامام محمد صرح قبيله بأنه لم يفرض الزوج لها النفقة ! فافهم .

(١) اى لما مضى من الزمن الذى لم يعطها فيه .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « استأنف » و هو اولى عندى لأنه مقابل « استقبل » و تذكر ما مر منا من رد المحتار .

(٣) هو البجلى الكوفى ، من رجال البخارى و الترمذى و النسائى ، روى عن سليمان التيمى و حصين بن عبد الرحمن و قابوس بن أبى ظبيان ومطرف بن طريف و ليث بن ابى سليم و سهيل بن ابى صالح و عطاء بن السائب و مغيرة بن مقسم و غيرهم ، وعنه الأسود بن عامر شاذان و ابو احمد الزبيرى و ابو جعفر محمد بن الصلت و ابو اسامة و عفان و ابو نعيم و غيرهم ، قال ابن معين و ابو داود و النسائى و العجلى : ثقة ، وقال النسائى فى موضع آخر : ليس به بأس ، و ذكره ابن حبان فى الثقات و قال : ربما اخطأ ، قلت : و قال يعقوب بن سفيان : ثقة ، و قال ابن سعد : ثقة ان شاء الله تعالى ، و قال الدارقطنى ! يعتبر به ـ اه تهذيب .

(٤) كذا فى الهندية و هو الصواب ، و فى الأصل « مطرف بن خلف » و هو خطأ فان ابا كدينة يروى عن مطرف بن طريف ـ كما عرفت من ترجمته ، و مطرف يروى عن الشعبى ـ كما فى ترجمته ؛ و هو مطرف بن طريف الحارثى و يقال الجارفى ابو بكر و يقال ابو عبد الرحمن الكوفى ، من رجال الستة ، روى عن الشعبى و ابى اسحاق =

لم يؤخذ به . ثم قال عامر: أرأيت لو مات على من كان هو[1] عليها حيا و ميتا؟

أخبرنا محمد قال: أخبرنا سفيان الثورى قال حدثنا مطرف[2] عن الشعبى

= السبيعى و عبد الرحمن بن ابى ليلى وحبيب بن ابى ثابت و سليمان بن الجهم و سلمة ابن كهيل و غيرهم - كما فى التهذيب، و عنه ابو عوانة و هشيم و ابو جعفر الرازى و ابو كدينة يحيى بن المهلب و آخرون كثيرون منهم الامام ابو يوسف القاضى - كما فى الكيسانيات للامام محمد رحمهما الله تعالى، و هو ثقة ثبت صالح فى الحديث صدوق، خير فى المذهب، صالح الكتاب، قال ابن حبان: مات سنة ثلاث و ثلاثين، و قد قيل: سنة اثنتين و اربعين، و قال البخارى: قال عبد الله بن الأسود عن ابى عبد الله العجلى: مات سنة احدى او اثنتين و اربعين. و قال عمرو بن على: مات سنة ثلاث و اربعين - اه.

(١) كذا فى الأصول و هو عندى صحيح. و جملة «على من كان هو» فى معنى الاستفهام و السؤال. و ضمير «هو» راجع الى الدين، و قوله «عليها حيا وميتا» جملة خبرية، يعنى ان الدين على الزوجة حيا وميتا اداؤه عليها لو مات الزوج. و ليست جملة استفهامية اى لم يؤخذ من الزوج اذا لم يكن بأمر القاضى او بالتراضى منهما فانه لا تصير دينا عليه بدونهما فلا يؤخذ منه لما مضى من المدة، فحينئذ ما ادانت فأداؤه على المرأة لا على الزوج.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «معن»، و ما فى الأصل صواب عندى فان الثورى روى عنه - كما فى ترجمة مطرف بن طريف - و هو عن الشعبى، و قد روى الثورى عن معن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلى المسعودى الكوفى والد القاسم القاضى، لكن ليس فى ترجمته انه روى عن الشعبى؛ الظاهر ان الامام محمدا يروى أثر شريح عن شيخيه ابى كدينة و سفيان الثورى عن مطرف عن الشعبى عنه لكن متنه مختلف و لذا افرد عن كل واحد منهما، و فى رواية الثورى زيادة توضح مراد شريح ليست فى رواية ابن المهلب فالأثر من طريق مطرف هو الصواب - تدبر.

قال

قال : قال شريح : ليس عليه شيء إلا أن يكون أمرها يعني المرأة إذا أنفقت و زوجها غائب بدين[١] أو أنفقت من مالها .

باب المرأة الكبيرة يتزوجها الصغير فتطلب النفقة

محمد قال : قال أبو حنيفه رضى الله عنه فى الكبيرة تنكح الصغير فتطلب النفقة : إن لها عليه النفقه[٢] لأن ترك الجماع إنما جاء من قبله و لم يأت من

---

(١) قوله « بدين » متعلق بقوله « امرها » لا غير ، يعنى يؤخذ من الزوج اذا امرها بدين فادانت بأمرها و هو غائب ، او كان امرها ان تنفق من مالها و عليه اداؤه فأنفقت من مالها فيؤخذ به الزوج و يلزم عليه اداؤه لأنها انفقت او ادانت بأمره ، و ما قيل امرها القاضى او الزوج لا يناسب مراد شريح ، و كذا ما قيل او انفقت من الدين ليس كما ينبغى ، و كذا قول القائل قوله « بدين » متعلق بقوله « انفقت » ليس يصح عندى ، و العلم عند الله تعالى و هو اعلم بمراد عباده .

(٢) قال فى الهداية : و ان كان الزوج صغيرا لايقدر على الوطئ و هى كبيرة فلها النفقة لأن التسليم قد تحقق منها و انما العجز من قبله فصار كالمجبوب و العنين و المريض الذى لايقدر على الوطئ - اه . قال فى الفتح : ذكر الحكم من الطرفين منفردا و لم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بأن كانا صغيرين لايطيقان ! و لو اعتبر جانبه تجب و لو اعتبر جانبها لا تجب ؛ و فى الذخيرة : لا نفقة لها ، و اكثر ما فى الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم و معه لا تسحق النفقة ، و عن هذا قلنا : اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة . و لا يخفى امكان عكس الكلام فيقال : يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فتجب الى آخره ، و التحقيق ان النفقة لا تجب الا لتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجودا و عدما فلا تجب فى الصغيرين و تجب فى الكبيرة تحت الصغير - اه ؛ و مثله بالاختصار فى العناية ، و قد اجاب عن نظر صاحب العناية و امكان الفتح محشى العناية سعدى چلپى ؛ اقول : و فيه =

قبلها[١]. و لو أن كبيراً تزوج صغيرة لا يجامع مثلها لم يكن لها نفقة حتى تبلغ لأن الامتناع جاء من قبلها و لم يأت من قبله. و قال أهل المدينة فى الكبيرة يتزوجها الصغير: إنها لا نفقة لها حتى يبلغ النكاح و يطيق الوطأ.

و قال محمد: وكيف أبطلت[٢] نفقة الكبيرة عن الصغير[٣] و إنما جاء

= بحث، اذ لا نسلم انه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة، و انما تستحقها لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة، و لم يوجد - اه.

(١) لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها، و الاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح، و لم يوجد - اه هداية. و المراد بالصغيرة التى لا توطأ اى لا تطيق الوطأ او لا تشتهى للوطئ فيما دون الفرج منه او من غيره، لأن الظاهر ان من كانت كذلك فهى مطيقة للجماع فى الجملة و ان لم تطقه من خصوص زوج مثلا - فتح؛ حتى لو لم تكن كذلك كان المانع من جهتها فلا نفقة لها ما لم يمسكها فى بيته للخدمة او الاستيناس عند الثانى، و المراد من قول الامام «حتى تبلغ» حتى تصلح و تطيق للجماع و دواعيه، و صرح فى الذخيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطؤ، و به قيد الحاكم قال: لا نفقة للصغيرة التى لا تجامع، فلا نفقة لها الى ان تصير الى حالة تحتمل الوطأ سواء كانت فى بيت الزوج او الأب، و اختلف فيها فقيل: اقلها سبع سنين، و قال العتابى: اختيار مشايخنا تسع سنين؛ و الحق عدم التقدير فان احتماله باختلاف البنية يختلف، و على قولنا جمهور العلماء و الشافعى فى قوله المختار عندهم، و فى قول له تجب و ان كانت فى المهد، و هو قول الثورى و الظاهرية - فتح القدير.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية «أبطلتم» و كلاهما صحيح.

(٣) اى فى ماله لا على ابيه، الا اذا كان ضمنها؛ قال الحاكم الشهيد فى الكافى: فان كان صغيرا لا مال له لم يؤخذ ابوه بنفقة زوجته الا ان يكون ضمنها - اه؛ و فى الخانية: و ان كانت كبيرة و ليس للصغير مال لا يجب على الأب نفقتها، و يستدين الأب =

الحبس[1] من قبله؟ أرأيتم رجلا مجنونا تزوج امرأة فرضيت بالمقام معه أفلها نفقه[2] و هو لا يجامعها؟ أرأيتم رجلا فرض لامرأته نفقه معلومة كل شهر ثم حُبس عنها في السجن[3] أو غيره أو هرب منها أو من غرمائه أتبطل

= عليه ثم يرجع على الابن اذا ايسر - اه؛ و عزاه فى البحر و النهر الى الخلاصة ايضا، قال الرملى: و مثله فى الزيلعى وكثير من الكتب - اه؛ قلت: و به جزم المصنف و الشارح فى باب المهر، و انت خبير ان الكافى هو نص المذهب و لا سيما و اكثر الكتب عليه فيقدم على ما سيذكر الشارح فى الفروع عن المختار و الملتقى من وجوبها على ابيه، الا ان يحمل على وجوب الاستدانة ليرجع؛ تأمل - اه رد المحتار.

(١) اى المنع؛ قال فى الشرنبلالية بعد نقل ما فى الخانية: اقول: هذا اذا كان فى تزويج الصغيرة مصلحة، و لا مصلحة فى تزويج قاصر مرضع بالغة حد الشهوة وطاقة الوطئ و بمهر كثير و لزوم نفقة يقررها القاضى فتستغرق ماله ان كان او يكون ذا دين كثير، ونص المذهب انه اذا عرف الأب بسوء الاختيار مجانة او فسقا فالعقد باطل اتفاقا، صرح به فى البحر و غيره، و قدمه المصنف فى باب الولى - اه؛ قلت: المصرح به فى المتون و الشروح ان للاب تزويج الصغير و الصغيرة غير كفوء و بدون مهر المثل بغبن فاحش لأن كمال شفقة الأب دليل على وجود المصلحة ما لم يكن سكران او معروفا بسوء الاختيار لأن ذلك دليل على عدم تأمله فى المصلحة. و انت خبير بأن الشرط ان لا يكون معروفا بسوء الاختيار قبل العقد فلا يثبت سوء اختياره بمجرد العقد المذكور، و الا لزم ان لا يتصور صحة عقده بالغبن الفاحش و لغير الكفوء - كما مر تقريره فى باب الولى. فظهر انه اذا لم يكن معروفا بذلك و زوج طفله امرأة صح ذلك مطلقا، كما هو منصوص فى عامة كتب المذهب اقامة لشفقته مقام المصلحة؛ فافهم - اه رد المحتار.

(٢) اى لها النفقة.

(٣) اى و لو ظلما، او حبسته هى لدين عليه، او اجنبي. قال فى النهر: قيد بحبسها =

نفقتها عنه و هو الذى ولى ذلك و فعله أو فعل ذلك به؟! ليس يبطل بذلك شيء من النفقة، و لو كانت هى الجارية لم تكن لها نفقة [١]، و كذلك الصغيرة

= لأن حبسه مطلقا غير مسقط لنفقتها - كذا فى غير كتاب، الا انه فى تصحيح القدورى نقل عن قاضى خان انه لو حبس فى سجن السلطان ظلما اختلفوا فيه، و الصحيح انها لا تستحق النفقة - اه؛ قلت: و نقل المقدسى عبارة الخانية كذلك، وقال: كذا فى نسخة المؤيدية و نسخ جديدة لعلها كتبت منها، و فى نسختى العتيقة التى عليها خط بعض المشايخ حذف «لا» فليحرر - اه؛ قلت: و هكذا رأيته بدون «لا» فى نسخة عتيقة عندى من الخانية كذا نقله فى الهندية عن الخانية فلعل صاحب تصحيح القدورى نقل ذلك من نسخة المدرسة المؤيدية ايضا او مما نقل عنها فتكون «لا» زائدة ليوافق ما فى بقية النسخ القديمة و ما فى غير كتاب، و المعنى يساعده ايضا لأن الاحتباس جاء لمعنى من جهته لا من جهتها، كما لو كان مريضا او صغيرا جدا او مجنونا او عنينا - اه رد المحتار. فالنفقة واجبة عليه و هى تستحق و لا تسقط عنه.

(١) لأن الحبس جاء من قبلها فلم تكن لها نفقة على الزوج و هى محبوسة و ليست فى بيت الزوج حتى تجب النفقة عليه، و لم يتفرد بذلك امامنا بل قال به قبله ابراهيم النخعى كما روى عنه بسنده الامام محمد رحمه الله تعالى، و به قال الشعبي و حماد بن ابى سليمان و الحسن و الزهرى، و ابن حزم مخالف لهم و قال على دأبه: و ما نعلم لهم حجة الا انهم قالوا: النفقة بازاء الجماع، فاذا منعت الجماع منعت النفقة - اه و لم يدر ان النفقة بازاء الاحتباس و طئها ام لا، و استدلاله بقول عمر رضى الله عنه «انه كتب الى امراء الأجناد ان: انظروا من طالت غيبته ان يبعثوا نفقة او يرجعوا او يفارقوا فان فارق فان عليه نفقة ما فارق من يوم ما غاب» لا ينتهض حجة فانهم قالوا بموجبه. و المنع لم يكن الا من جهة الأزواج و لذا اوجب عمر رضى الله عنه النفقة عليهم و نساؤهم فى بيوتهم لم يخرجن منها. و اذا طلقوهن تجب عليهم نفقة العدة كما هو الحكم، و لذا =

التى

التى لم تبلغ الجماع لا نفقة لها . وكذلك أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فى الرجل يتزوج المرأة و لايبنى بها أنه قال: إذا كان الحبس من قِبل الرجل فعليه النفقة .

باب البكر يتزوجها الرجل و قد بلغت مبلغ النساء

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى البكر يتزوجها الرجل و قد بلغت مبلغ النساء و اجتمع لها عقلها : إن ما قضت فى مالها فهو جائز[١] .

= اوجب عمر عليهم نفقة العدة ، و النفقة تصير دينا بالقضاء او الرضاء - كما سبق مفصلا ، وعمر رضى الله عنه قضى بذلك فصارت واجبة عليهم ، فأثر عمر رضى الله عنه لا يخالفهم على رغم انف ابن حزم . و الحديث الذى ذكره من قوله صلى الله عليه و سلم « و لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فيه تقسيم الحقوق ، و لم يتعرض فيه الى كونها ناشزة او غير ناشزة ، صغيرة او غيرها ، محبوسة فى السجن او غيرها ، فان القيد بالمعروف يقطع كل عرق من الأوهام فانها اذا كانت فى بيت الزوج لا يجوز لها ان تخونه ، فاذا جاءها اسرّته ، و اذا دعاها الى فراشه اجابته ، و لا تدخل غير الزوج على فراشه حين غيبته . و لا تتصرف فى ماله بغير اذنه ، و لا تصوم نفلا الا باذنه ، و بازائه عليه رزقها و كسوتها بالمعروف ؛ فهذه تقسيم لما عليهما من حقوق الزوجية ، و ما ذكره من الآية وحديث مالك بن فضاله لا تعلق لها بمسألة الباب الا فى زعمه .

(١) فى موطأ مالك : و ليس للبكر جواز فى مالها حتى تدخل بيتها عند زوجها و يعرف من حالها الرشد و الصلاح - اه زرقانى شرح الموطأ . و انت تعلم انها اذا بلغت و صارت مكلفة بالأحكام الشرعية من الصلاة و الصوم و الزكاة و الحج وصدقة الفطر و الأضحية و اجازة النكاح و هى احق فى ذلك بنفسها من وليها وارتفعت عنها احكام الحجر و غيرها ، كيف لا تتصرف فى مالها و هى بالغة عاقلة عرف منها الرشد و الصلاح و الاصلاح قبل الزواج و قبل دخول بيت الزوج ؟! و قد صح عن =

و قال أهل المدينة: لا نرى للبكر إجازة قضاء فى مالها حتى تدخل بيتها و تمكث فيه حولا و تملك أمرها . قال محمد: و كيف قلتم هذا و قد تكون البكر فى بيت أبيها خمسين سنة و أكثر من ذلك جامعة للعقل بصيرة بما تأتى و ما تدع؟ أفما يجوز لهذه أمر حتى تتزوج و يدخل بها؟ و ربما كانت البكر التى لم تتزوج أعقل من أبيها و أبصر بالأمور، و ربما لم يقطع الأب أمراً دونها، فكيف بطل ما صنعت هذه حتى تدخل على زوجها؟! أرأيتم لو دخلت على زوجها فمكثت عنده حولا أو حولين لا يصل إليها و هى بكر على حالها أيجوز أمرها؟ فان قلتم: يجوز أمرها؛ فبأى شىء جاز؟ أ بالنكاح؟ فقد كان النكاح قبل أن يدخل بها، أم بدخولها بيته؟ قالوا: إن المرأة إذا دخلت على زوجها فانما تصنع مما تصنع فيما بينها و بين زوجها على وجه المودة[1] و الألفة، فلا يجوز ذلك حتى تمكث فى بيتها . قيل لهم: فقد رأينا

= رسول الله صلى الله عليه و سلم: رفع القلم عن ثلاث؛ فذكر: و الصبى حتى يبلغ - الحديث! و قد اوضح محمد رحمه الله المسألة الزاما و ابراما و نقضا كما ترى، و هو قول سفيان الثورى و الشافعى و ابى ثور و اصحابهم، و به قالت الظاهرية - كما فى كتاب الحجر من المحلى .

(١) كذا فى الأصل، و هو موافق لما سيأتى فى الصفحة الآتية من قوله « بما وصفتم من المودة - الخ»، و فى الهندية «المروة» و معنى المروة ايضا صحيح - كما لا يخفى . و فى المحلى: فان عمر و من ذكرنا معه ابطلوا فعل المرأة جملة قبل ان تلد او تبقى فى بيت زوجها سنة . ثم اجازه بعد ذلك جملة و لم يجعل للزوج فى شىء من ذلك مدخلا و لا حدا ثلثا و لا اقل من ذلك و لا اكثر؛ و قد اطال الكلام ابن حزم فى اوراق من المحلى على دأبه و ردّ على المالكيين فى قولهم ذلك بقلم سريع و لسان بذى خارج عن حد الاعتدال بل مفض الى الجهالة و الضلالة، كما هو دأبه فى المسائل الخلافية، صرفنا عنه انظارنا و لم نتعرض لنقل ما رامه من حديث الرد .

ما ذكرتم و رأينا النساء لأزواجهن إذا ولدن و أطلقن[1] المقام أبذل منهن قبل ذلك ما لم تلد من زوجها فهى على وجل[2] من طلاقه إياها، فاذا ولدت اطمأنت فكانت عند ذلك أبذل فيها[3] قبل ذلك، و هذا أمر قد عرفناه فيهن؛ فان كنتم إنما تبطلون هذه الأشياء بما وصفتم من المودة و الألفة و الأمر[4] عندنا على ما وصفنا لكم و بهذا تعرف نساؤنا فينبغى أن فى نسائنا يغير الحكم مما فى نسائكم ! و هذا الأمر كله باطل و أمر المرأة جائز على نفسها إذا عقلت و بلغت و اجتمع لها رأيها.

محمد قال أخبرنا إسمعيل بن عياش الحمصى[5] قال حدثنا أبو بكر بن

(١) كذا فى الهندية. و فى الأصل «اطلق» و هو لا يناسب المقام، كما لا يخفى على ذوى الأفهام، و عندى هو مصحف من «اطلن» من الاطالة، المعنى: اذا ولدن و اطلن القيام فى ابيات ازواجهن كن ابذل و أصرف منهن قبل ذلك - تدبر

(٢) اى خوف من طلاقه اياها، فاذا ولدت زال ذلك الخوف و اطمأنت بسبب الولادة. و فيه ما فيه كما لا يخفى.

(٣) كذا فى الأصول، و لعل الصواب «منها» مكان «فيها» و هو المناسب لأفعل التفضيل «ابذل» لأنه يستعمل بمن التفضيلية.

(٤) قوله و الامر كذا فى الأصول بالواو، و لعل الأولى «فالأمر» بالفاء.

(٥) قد مضى فى ابواب كثيرة ذكر ابن حزم فى كتاب الحجر من المحلى: حدثنا من طريقه عن شرحبيل بن مسلم عن ابى امامة الباهلى: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم - الحديث، و اطلق بكونه ضعيفا حيث قال: اسمعيل بن عياش و هو ضعيف، عن شرحبيل ابن مسلم و هو مجهول لا يدرى من هو - الخ. و فى اطلاقه نظر ظاهر، كيف و اسمعيل بن عياش ثقة حجة صدوق فى الشاميين ليس بضعيف عنهم! و هو من رجال الأربعة، و فى صحيح البخارى له شيء معلق من غير ان يصرح به، و قد بسط الحافظ =

= فى ترجمته فى خمس صفحات من التهذيب؛ قال محمد بن مهاجر: هذا فقيه - يعنى اسمعيل، و كان شعبة يسأل الفرج بن فضالة عن حديث اسمعيل بن عياش، و قال احمد لداود ابن عمرو: كم كان يحفظ اسمعيل؟ قال: شيئا كثيرا. قال: كان يحفظ عشرة آلاف؟ قال: عشرة آلاف و عشرة آلاف و عشرة آلاف. فقال احمد: هذا كان مثل وكيع، و قال: ليس احد اروى لحديث الشاميين من اسمعيل بن عياش و الوليد بن مسلم، و قال يعقوب بن سفيان: اسمعيل ثقة عدل اعلم الناس بحديث الشام، و قال ابن معين: ليس به فى اهل الشام بأس، و قال مرة: صالح ارجو ان لا يكون به بأس، و قال: ثقة فيما يروى عن الشاميين، و قال مضر بن محمد الأسدى عنه: اذا حدث عن الشاميين و ذكر الخبر فحديثه مستقيم، و قال: اذا حدث عن الثقات مثل محمد بن زياد و شرحبيل بن مسلم و احمد حسن روايته عن الشاميين و هو فيهم احسن حالا مما روى عن المدنيين و غيرهم، و قال دحيم: اسمعيل فى الشاميين غاية، و قال النسائى: صالح، و قد صحح له الترمذى غير ما حديث عن الشاميين؛ و فى التهذيب اقوال اخر فراجع، فظهر ان قول ابن حزم ليس بصحيح. و فى الباب يروى عن ابى بكر بن ابى مريم و هو غسانى شامى، و قوله «شرحبيل بن مسلم مجهول لا يدرى من هو» غلط فاحش، فانه تابعى ادرك خمسة من الصحابة و روى عنهم. و هو من رجال ابى داود و الترمذى و ابن ماجه. قال احمد: من ثقات الشاميين، و قال العجلى: ثقة، و ذكره ابن حبان فى الثقات، و نقل ابن خلفون عن ابن نمير توثيقه. كيف يكون مجهولا و قد روى عنه حريز بن عثمان و ثور بن يزيد و اسمعيل بن عياش و عمرو بن عبد الرحمن القيسى؟! وهو شرحبيل بن مسلم بن حامد الخولانى الشامى. روى عن ابيه و المقدام بن معدى كرب و ابى الدرداء - و يقال مرسل - و تميم الدارى و ثوبان و ابى امامة و عتبة بن عبد و ابى عتبة الخولانى و عبد الله بن بسر و جبير بن نفير و روح بن زنباع و جماعة، قال الحافظ فى التلخيص الحبير: وحديث ابى امامة ضعفه ابن حزم باسمعيل ابن عياش =

أبى

أبي مريم[١] عن حبيب بن عبيد[٢] أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم

= و لم يصب - اه . و الحديث رواه امامنا الأعظم عن اسمعيل بن عياش ، كما فى باب الكفالة من عقود الجواهر فليراجع اليها .

(١) هو ابو بكر بن عبد الله بن ابى مريم الغسانى الشامى ، و قد ينسب الى جده كما هنا فى الباب ، قيل : اسمه بكير ، و قيل : عبد السلام ، من رجال أبى داود و الترمذى و ابن ماجه ، روى عن ابيه و ابن عمه الوليد بن سفيان بن ابى مريم و حكيم بن عمير و راشد بن سعد و ضمرة بن حبيب و خالد بن معدان و عطية بن قيس و عمير بن هانى و غيرهم ، و عنه عبد الله بن المبارك و عيسى بن يونس و اسمعيل بن عياش و الوليد بن مسلم و بقية بن الوليد و ابو المغيرة الخولانى و ابو اليمان و غيرهم ، قال ابن حبان : كان من خيار اهل الشام لكن كان ردىء الحفظ . و قال يزيد بن هارون : كان من العباد المجتهدين ، و قال ابو زرعة الدمشقى : قلت لدحيم : من الثبت ؟ قال : صفوان و بحير و حريز و ارطاة ، قلت : فابن ابى مريم ؟ قال : دونهم ، و قال عثمان الدارمى عن دحيم حمصى : من كبار شيوخهم فى حديثه بعض ما فيه ، قال ابن قانع و ابن زبر و غيرهما : مات سنة ست و خمسين و مائتين ، تكلموا فيه فقالوا : ضعيف ليس بالقوى ، متروك ليس بشىء ، و كان كثير الحديث ، و قولهم هذا مبنى على انه سُرق له حلى فأنكر عقله - كما قال ابو داود ، و قال ابو حاتم : ضعيف الحديث ، طرقه لصوص فأخذوا متاعه فاختلط ، فقبل ذلك لم يكن مختلطا مختل العقل ، كان كثير الحديث من كبار شيوخهم و من خيار اهل الشام و من العباد المجتهدين - هذا كله مأخوذ من التهذيب ؛ و عن اسحاق بن راهويه : قال لى عيسى بن يونس : لو اردت ابا بكر بن ابى مريم ان يجمع لى فلانا و فلانا لفعل ، يعنى يقول عن راشد بن سعد و ضمرة بن حبيب و حبيب بن عبيد - اه . هذا الكلام ذو جهتين جامع للمدح و الذم - كما لا يخفى ؛ و قال الجوزجانى : هو متماسك ، و قال ابن عدى : احاديثه صالحة و لا يحتج به - كما فى الميزان . (٢) كذا فى =

قال: ما من امرأة تصدق[1] على زوجها بشيء من مهرها قبل أن يدخل بها

= الأصول. و هو الرحبي، ابو حفص الحمصي، من رجال مسلم و الأربعة، تابعي ثقة، روى عن العرباض بن سارية و المقدام بن معد يكرب و ابى امامة و عتبة بن عبد السلمى وحبيب بن مسلمة الفهري وجبير بن نفير و بلال بن ابى الدرداء و اوسط البجلي و غيرهم، و ارسل عن عائشة، و عنه حريز بن عثمان و ثور بن يزيد و معاوية بن صالح و يزيد ابن خمير و شريح بن عبيدة و عدة، قال صاحب تاريخ الحمصيين: قديم ادرك ولاية عمير بن سعد الأنصاري على حمص، قال النسائي: ثقة، قال: و قال حبيب بن عبيد: ادركت سبعين رجلا من الصحابة، و قال العجلي: ثقة. و ذكره ابن حبان في الثقات. قاله الحافظ فى التهذيب. فالحديث مرسل، و ابو بكر بن ابى مريم يروى فى اكثر الحالة عن حكيم بن عمير بن الأحوص العنسي و يقال الهمداني ابى الأحوص الحمصي، و هو من شيوخه - كما عرفت فى ترجمة ابى بكر بن ابى مريم و فى ترجمة حكيم بن عمير، و عنه ابنه الأحوص و ارطاة بن المنذر و ابو بكر بن ابى مريم ومعاوية بن صالح و عبد الله بن بسر الحبراني - كما فى التهذيب، فلعل فى الكتاب «حكيم بن عمير» مكان «حبيب بن عبيد»؛ قال ابو حاتم: لا بأس به، و قال صفوان بن عمرو: رأيت فى جبهته اثر السجود، و ذكره ابن خلفون فى كتاب الثقات، و هو من رجال ابى داود و ابن ماجه، قال ابن سعد: كان معروفا قليل الحديث، و قال محمد بن عوف: ضعيف الحديث، و ابوه شيخ صالح و هو ايضا تابعي روى عن عمر و عثمان و ثوبان و جابر و تبيع ابن امرأة كعب و العرباض بن سارية وعبد الرحمن بن عائذ و ابيه عمير و اسمه عمرو، فالحديث على هذا ايضا مرسل، فهو مختلف فيه، و الأكثر على توثيقه، و روايته عن عمر و عثمان مرسل.

(١) كذا فى الأصول «تصدق» باحدى التائين، و هو «تتصدق» حذفت احداهما للتخفيف؛ و الضمير يرجع الى المرأة.

إلا كان بكل دينار عتق رقبة ، قيل : يا رسول الله ! كيف بالهبة[١] بعد الدخول ؟ قال : إنما ذلك من المودة و الألفة .

---

(١) كذا فى الهندية و هو الصحيح عندى مبنى و معنى ، و فى الأصل « بالهصمة » و لم أفهم معناها . و فى الباب احاديث استدل الفريقان بها على مدعاهم ، و قد عقد الحافظ الطحاوى فى شرح معانى الآثار بابا فى ذلك فقال : حكم المرأة فى مالها ، ثم اخرج بسنده عن عبد الله بن يحيى الأنصارى عن ابيه عن جده ان جدته اتت الى رسول الله صلى الله عليه و سلم بحلى لها فقالت : انى تصدقت بهذا ! فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : انه لا يجوز للمرأة فى مالها امر الا باذن زوجها فهل استأذنت زوجك ؟ فقالت : نعم ، فبعث رسول الله صلى الله عليه و سلم اليه فقال : هل اذنت لامرأتك ان تتصدق بحليها هذا ؟ فقال : نعم ، فقبله منها رسول الله صلى الله عليه و سلم ؛ قال ابو جعفر : فذهب قوم الى هذا الحديث فقالوا : لا يجوز للمرأة هبة شيء عن مالها و لا الصدقة به دون اذن زوجها ، و خالفهم فى ذلك آخرون فأجازوا امرها كله فى مالها و جعلوها فى مالها كزوجها فى ماله و احتجوا فى ذلك بقول الله عز و جل « و آتوا النسآء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » فأباح الله للزوج ما طابت له به نفس امرأته ، و بقوله عز و جل « و ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة الا ان يعفون » فأجاز عفوهن عن مالهن بعد طلاق زوجها اياها بغير استئمار من احد ، فدل ذلك على جواز امر المرأة فى مالها كالرجل فى ماله ، و قد روى عن رسول الله صلى الله عليه و سلم ما يوافق هذا المعنى ايضا و هو ما قد روينا عنه فى كتاب الزكاة فى امرأة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه حين اخذت حليها لتذهب به الى رسول الله صلى الله عليه و سلم لتتصدق به فقال عبد الله رضى الله عنه : هلمى فتصدقى به علىّ ! فقالت : لا حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه و سلم ! فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه و سلم فاستأذنته فى ذلك . فقال : تصدقى به عليه و على الأيتام الذين =

= فى حجره فانهم له موضع ، فقد اباحها رسول الله صلى الله عليه و سلم الصدقة بحليها على زوجها و على ايتامه و لم يأمرها باستئماره فيما تتصدق على ايتامه ، و فى هذا الحديث ايضا ان رسول الله صلى الله عليه و سلم وعظ النساء فقال « تصدقن » و لم يذكر فى ذلك ازواجهن فدل ذلك ان لهن الصدقة بما اردن من اموالهن بغير امر ازواجهن .
ثم ذكر حديث ابن عباس من طرق فى صلاة العيد وحديث جابر بن عبد الله وحديث حكيم بن حزام و فيها : ثم اتى النساء مع بلال رضى الله عنه فوعظهن فجعلت المرأة تهوى بيدها الى رقبتها و المرأة تهوى بيدها الى اذنها فتدفعه الى بلال رضى الله عنه و بلال يجعله فى ثوبه - الحديث . و فى رواية : ثم قال لهن « القين » فجعلن يلقين الفتخ و الخواتيم فى ثوب بلال رضى الله عنه - الحديث . ثم قال : فهذا رسول الله صلى الله عليه و سلم امر النساء بالصدقات و قبلها منهن و لم ينتظر فى ذلك رأى ازواجهن .
ثم ذكر حديث ميمونة فى اعتاق الوليدة و فيه : فقال « لو اعطيتها اختك الأعرابية كان اعظم لأجرك » فلو كان امر المرأة لا يجوز فى مالها بغير اذن زوجها لرد رسول الله صلى الله عليه و سلم عتاقها و صرف الجارية الى الذى هو افضل من العتاق ، فكيف يجوز لأحد ترك آيتين من كتاب الله عز و جل و سنن ثابتة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم متفق على صحة مجيئها الى حديث شاذ لايثبت مثله ؟! ثم النظر من بعد يدل على ما ذكرنا و ذلك انا قد رأيناهم لا يختلفون فى المرأة فى وصاياها من ثلث مالها انها جائزة من ثلثها كوصايا الرجال و لم يكن لزوجها عليها فى ذلك سبيل و لا امر و بذلك نطق الكتاب العزيز قال الله عز و جل « و لكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها او دين » فاذا كانت وصاياها فى ثلث مالها جائزة بعد وفاتها فأفعالها فى مالها فى حياتها اجوز من ذلك ، و هو قول ابى حنيفة و ابى يوسف و محمد رحمهم الله تعالى اجمعين - انتهى مع الاختصار . و راجع باب الكفالة من عقود الجواهر و قبيل « باب العمرى =

باب نكاح المريض و طلاقه

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى المريض يتزوج أو المرأة تتزوج ثم يموت المريض من مرضه ذلك أو يصح: إن النكاح جائز، و هما يتوارثان، و لها الصداق الذى سمى لها إلا أن يكون زوّجها فى مرضه بأكثر من مهر مثلها ثم يموت فى مرضه ذلك فيبطل من ذلك ما زاد على صداق مثلها، و إن صح جاز ذلك كله، و النكاح جائز على كل حال، و يتوارثان[1]. و قال

= بيان الخبر الدال على ان المرأة لا تخرج شيئا من بيت زوجها قرضا او غيره الا باذنه» من عقود الجواهر المنيفة. و الحاصل ان البكر اذا بلغت مبلغ النساء كان لها الأمر فى مالها تتصرف فيه كيف شاءت، و ذات زوج ايضا مختارة فى مالها تتصرف فيه من غير استئمار و استئذان من الزوج.

(١) فى المحلى: و تزويج المريض الموقن بالموت او غير الموقن مريضة كذلك او صحيحة جائز، و يرثها و ترثه مات من ذلك المرض او صح ثم مات. و كذلك المريضة الموقنة او غير الموقنة ان تتزوج صحيحا او مريضا، و لها فى كل ذلك الصداق المسمى كالصحيحين و لا فرق، (الى قوله) و قال آخرون بمثل قولنا، كما روينا من طريق سعيد بن منصور نا ابو عوانة عن المغيرة بن مقسم عن ابراهيم النخعى عن ابن مسعود قال: لو لم يبق من اجلى الا عشرة ايام اعلم ان اموت فى آخرها يوما لى فيهن طول للنكاح لتزوجت مخافة الفتنة، و من طريق ابن ابى شيبة نا محمد بن بشر عن ابى رجاء عن الحكم بن زيد عن الحسن قال قال معاذ بن جبل فى مرضه الذى مات فيه: زوجونى، انى اكره ان الق عز و جل عزبا، و من طريق ابى عبيد وسعيد بن منصور قالا جميعا: نا ابو معاوية هو الضرير عن هشام بن عروة عن ابيه قال: دخل الزبير على قدامة بن مظعون يعوده فبشر الزبير بجارية و هو عنده فقال له قدامة: زوجنيها، فقال له الزبير: و ما تصنع بجارية صغيرة و انت على هذه الحال؟ فقال له قدامة: ان أنا عشت فابنة الزبير، =

أهل المدينة فى مريض يتزوج : إنه لا يجوز له نكاح[1]، فان فعل فعلم به قبل

= و ان مت فأحق من ورثتى ، قال عروة : فزوجها اياه ، و من طريق سعيد بن منصور : نا عبد العزيز بن محمد الدراوردى اخبرنى موسى بن عقبة عن نافع مولى ابن عمر قال : تزوج عبد الرحمن بن ابى ربيعة بنت عم له فى مرضه لترثه فمات فورثته وذلك فى زمن عثمان بن عفان ، و من طريق عبد الرزاق : ثنى ابن جريج قال اخبرنى موسى بن عقبة عن نافع مولى ابن عمر قال : تزوج عبد الله بن ابى ربيعة بن المغيرة المخزومى بنت حفص بن المغيرة عمه و هو مريض لتشرك نساءه فى الميراث ، قال ابو محمد : عبد الله له صحبة صحيحة ، و من طريق ابى عبيد وسعيد بن منصور قالا جميعا نا هشيم عن ابى اسحاق الشيبانى عن الشعبى قال سعيد فى روايته : سمعت الشعبى يقول : تزويج المريض جائز و شراؤه و بيعه ، و من طريق سعيد بن منصور : نا هشيم انا يونس بن عبيد عن الحسن البصرى انه كان يقول : يجوز تزويج المريض فى مرضه ، و من طريق يحيى بن سعيد القطان نا سفيان الثورى عن منصور بن المعتمر عن ابراهيم النخعى قال : نكاح المريض جائز و لا يحسب من الثلث ، و من طريق عبد الرزاق عن سفيان الثورى قال : نكاح المريض جائز على مهر مثلها ، و هو قول ابى حنيفة و الشافعى و اصحابهما ، و كلهم يرى الصداق من رأس ماله ، و هو قول ابن شبرمة و الأوزاعى و الحسن بن حي و ابى سليمان و جميع اصحابنا ، و رأى الحسن بن حي و ابو سليمان ان لها الصداق المسمى لها من رأس ماله - انتهى .

(١) فى المدونة : قلت : أرأيت المرأة تتزوج وهى مريضة أيجوز تزويجها أم لا ؟ قال : لايجوز تزويجها عند مالك، قلت : فان تزوجها و دخل بها الزوج وهى مريضة ؟ قال : ان ماتت كان لها الصداق ان كان مسها و لا ميراث له منها ، و ان مات هو و قد مسها فلها الصداق ولاميراث لها ، و ان كان لم يمسها فلا صداق لها و لاميراث، قلت : فان صحت أيثبت النكاح؟ قال : قد اختلف فيه ، واحب قوله الىّ ان يقيم على نكاحه ، و لقد كان مالك مرة يقول: =

= يفسخ ، ثم عرضته عليه فقال : امحه ، و الذى آخذ به فى نكاح المريض و المريضة انهما اذا صحا اقرا على نكاحهما ، قلت : أرأيت ان تزوج فى مرضه و دخل بها ففرقت بينهما أتجعل صداقها فى جميع ماله ام فى ثلثه فى قول مالك ؟ قال : قال مالك : يكون صداقها فى ثلثه مبدأ على الوصايا و العتق و لا ميراث لها ، و ان لم يدخل بها فلا صداق لها و لا ميراث . قلت : فان صح قبل ان يدخل أيفرق بينهما ؟ قال : لا يفرق بينهما دخل او لم يدخل ، و يكون عليه الصداق الذى سمى لها ، و ان كانت المرأة مريضة فتزوجت فى مرضها فانه لا يجوز هذا النكاح ، قلت : و ان صحت فانه جائز دخل بها او لم يدخل و لها الصداق الذى سمى ؟ قال : و ان ماتت من مرضها لم يرثها (كذا) ؛ ابن وهب عن ابن ابى ذئب و غيره عن ابن شهاب انه قال فى الرجل يتزوج المرأة قد يئس له من الحياة : ان صداقها فى الثلث و لا ميراث لها ؛ ابن وهب عن يونس عن ابى شهاب (كذا فى المدونة ، و لعله ابن شهاب) انه قال : لا نرى لنكاحه جوازا من اجل انه ادخل الصداق فى حق الورثة و ليس له الا الثلث يوصى فيه ، و لا يدخل ميراث المرأة التى تزوج فى ميراث ورثته ، و قال ربيعة فى صداقها : اذا نكحها فى مرضه انه فى ثلثه و ليس لها ميراث لأنه قد وقف على ماله فليس له فى ماله الا ما اخذ من ثلثه و لا يقع الميراث الا بعد وفاته ؛ ابن وهب عن الليث بن سعد عن يحيي بن سعيد انه قال : نرى ان لا يجوز لمن تزوج فى مرض صداق الا فى ثلث المال - انتهى . قال ابن حزم بعد نقل مذهب مالك مفصلا : و هذا تقسيم لا نعرفه عن احد قبله ، و ممن قال « لا يجوز نكاح المريض » عطاء بن ابى رباح . الا انه قال : ان صح من مرضه جاز ذلك النكاح ، و يحيي بن سعيد الأنصارى قال : صداق التى تتزوج المريض فى ثلثه ، و اختلف عن ربيعة فروى عنه ابن سمعان و هو ضعيف ان صداقها فى ثلثه و لا ميراث لها ، قال ابن سمعان : و قضى بهذا ابو بكر بن عمر بن حفص فى نكاح بنت المعتمر بن عياض الزهرى ، و روى عن ربيعة معمر و هو ثقة أن صداقها و ميراثها فى ثلثه ، قال معمر : و هو قول =

أن يدخل بها فرق بينهما ، [و لم يكن لها عليه شيء ، فان فات ذلك[١] حتى يدخل بها فعلم[٢] فرق بينهما][٣] أيضا ، فان صح أخذت منه ما أصدقها كاملا ، و إن مات من مرضه ذلك كان ما أصدقها فى ثلثه هى مبدأة[٤] على العتق و الوصايا ، و لا ميراث لها . و قالوا أيضا : و المريضة فى النكاح مثل الرجل المريض لا يجوز لها النكاح ، فان فعلت فسخ نكاحها و فرق بينها و بين

= ابن ابى ليلى ؛ قال ابو محمد : و هو قول الليث بن سعد و عثمان البتى ، و راعى الآخرون المضارة كما روينا من طريق ابى عبيد نا عثمان بن صالح عن ابن لهيعة عن خالد بن ابى عمران قال : سألت القاسم بن محمد و سالم بن عبد الله عن تزويج المريض فقالا جميعا : ان لم يكن مضارا جاز تزويجه ، و ان كان مضارا لم يجز و لها نصف الصداق فى ثلث ماله . قال : فان خلا بها فلها الصداق من الثلث ؛ و من طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى فى نكاح المريض قال : ليس له ان يدخل الاضرار على اهل الميراث ، و لا نرى ان ترثه ان فعل ذلك ضرارا ، قال معمر : و قال قتادة ان كان تزوجها من حاجة اليها فى خدمته او فى قيام بأمره فانها ترثه - انتهى .

(١) اى العلم بأنه مريض ام لا .

(٢) و فى الأصل الهندى « فعلم بها » و ليس بشيء - ف .

(٣) ما بين المربعين ساقط من الأصل ، و زيد من الهندية - ف .

(٤) قوله « هى مبدأة » كذا فى الهندية ، و فى الأصل « هى فيه صداق » تحريف . و فى المدونة : قال مالك : يكون صداقها فى ثلثه مبدأ على الوصايا و العتق - اه . فما فى الأصل الهندى لعله مصحف ايضا ، و المعنى أنه كالمريض الذى يوصى بالوصايا او يعتق فيجرى وصيته و عتقه فى ثلث ماله ، كذا ههنا اذا تزوج المريض و سمى لها صداقا يؤدى من ثلث ماله كالوصية لأنه لا حق له فى مرض الموت الا فى الثلث ، و معنى « مبدأ » ههنا اى يقاس به على الوصايا ، و يبدأ بمثلها .

من

من نكحت، فان لم يدخل بها فلا شيء لها، فان فات ذلك[1] و لم يعلم بها حتى تموت من مرضها ذلك لم يرثها زوجها ذلك، و كان عليه الصداق لورثتها بما استحل من فرجها.

و قال محمد: زعم أهل المدينة أنه لا يحل لرجل مريض و لا لامرأة مريضة أن يتزوج واحد منهما، و قالوا: إن تزوج واحد منهما فرقنا بينهما.

(١) اى العلم بكونها مريضة يوضحه ما بعده. قال ابن حزم فى المحلى: عهدنا بالمالكيين يعظمون خلاف الصاحب الذى لا يعرف له من الصحابة رضى الله عنهم مخالف، و هذا مما خالفوا فيه ابن مسعود و معاذ بن جبل و الزبير و قدامة بن مظعون و عبد الله بن ابى ربيعة بحضرة جميع الأحياء من الصحابة لا ينكر ذلك احد و فى خلافة عثمان؛ قال ابو محمد: اباح الله تعالى و رسوله صلى الله عليه و سلم النكاح و لم يخص فى القرآن و لا فى السنة صحيحا و صحيحة من مريض و مريضة، و ما كان ربك نسيا، و ما نعلم للخالف حجة اصلا لا من قرآن و لا سنة و لا قول صاحب و لا من رأى يعقل، غير ان بعضهم احتج بأنه ليس ان يدخل على اهل الميراث من يشركهم فيه - انتهى. ثم ذكر مسائل الزاما عليهم، ثم ذكر فى اثناء الكلام: و هذا مما ترك فيه الحنفيون القياس الذى هو عندهم اصل لا يجوز تركه - اه. و انت تعلم ان الأحناف لا يستعملون القياس الا اذا لم يجدوا نصا فى الكتاب او السنة و لا قول احد من الصحابة رضى الله عنهم، و كم من مسائل تركوا فيها القياس و عملوا بالأحاديث و اقوال الصحابة! حتى عملوا بالأحاديث الضعيفة و تركوا فيها القياس، و كتبهم مشحونة بذلك. و ابن حزم ينكر القياس انكارا شديدا و يفر منه كفرار الرجل من الأسد، و يقول «القياس كله باطل» ثم هو يقيس! و هذا المحلى بمرأى منك لا تخلوا مسألة منه من القياس و الاستنباط على غير طريق سبق ثم يطيل اللسان على الأئمة بكلمات فظيعة - سامح الله عز و جل عنا و عنه، و غفر لنا و غفر له.

فكيف حرم نكاح[1] المريض و بطل؟! هل جاء فى الكتاب أو فى السنة أن نكاح الصحيح جائز و نكاح المريض فاسد؟! إنما أحل الله النكاح جملة فهو حلال إلى يوم القيامة للمريض و الصحيح، فهل سمعتم فى هذا أثراً عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أو عن أحد من أصحابه؟ فلو كان هذا لاحتججتم به و لسمعناه من حديثكم[2]! و لكن الآثار فى ذلك عندنا مشهورة معروفة، و إن هذا من الأمور التى لا تحتاج فيها إلى الآثار، و لكنا لا ندع أن نحتج بها عليكم.

و بلغنا عن معاذ بن جبل رضى الله عنه أنه قال فى مرضه الذى مات فيه: زوجونى فانى أكره أن ألقى الله تعالى عزبا[3].

---

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «النكاح» معرفا باللام و «للمريض» بلام الجر، و كلاهما صحيح.

(٢) لأنا سمعنا من الامام مالك سبعمائة حديث فصاعدا من فيه، و لم نسمع منه حديثا فى ذلك، فلو كان لسمعناه منه.

(٣) ذكره مسندا ابن حزم فى المحلى: روى ابن ابى شيبة نا محمد بن بشر عن ابى رجاء عن الحكم بن زيد عن الحسن قال قال معاذ بن جبل فى مرضه الذى مات فيه: زوجونى، انى اكره ان القى الله عز و جل عزبا - انتهى. و فى الأصول «فانى» بالفاء، و فى المحلى بدونها. و معاذ بن جبل رضى الله عنه من البدريين، مات سنة سبع عشرة او ثمانى عشرة بالشام، و الحسن البصرى لم يسمع من احد من البدريين - كما فى التهذيب. و العزب من لا زوجة له. و قد جاء فى الحديث «شراركم عزابكم» او كما قال، و قد مضى الحديث فيما قبل؛ و معاذ بن جبل رضى الله عنه كان امة قانتا لله تعالى، كما قال ابن مسعود رضى الله عنه؛ و هو امام العلماء يوم القيامة، و لو لا معاذ لهلك عمر - قاله عمر بن الخطاب رضى الله عنه؛ و هو راوى حديث الاجتهاد و الاستنباط الذى هو دليل وحجة على جواز القياس الذى ينكره ابن حزم فى المحلى.

محمد قال: أخبرنا أبو كدينة يحي بن المهلب[1] عن أبي إسحاق الشيباني قال: سئل عامر الشعبي عن رجل أعتق جاريته في مرضه و تزوجها؟ فأجاز عامر عتقها و نكاحها، و جعل لها الصداق و الميراث، و جعل عليها العدة.

محمد قال: اخبرنا الثوري عن عبد الله بن لهيعة المصري[2] قال حدثنا عبيد الله بن أبي جعفر[3] عن نافع قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: اذا نكح الرجل امرأة و هو مريض فان صداقها من الثلث[4] فلم يبطل عمر

(١) قد مضى من قبل.

(٢) قد مضت ترجمته فيما قبل، و تكلموا فيه و الأكثر على انه ثقة قبل الاختلاط، راجع التهذيب و الميزان.

(٣) هو عبيد الله بن ابي جعفر المصري، ابو بكر الفقيه، مولى بني كنانة و يقال مولى بني امية، من رجال الستة، و اسم ابي جعفر يسار رأى عبد الله بن الحارث بن جزء الزبيدي، و روى عن حمزة بن عبد الله بن عمر و محمد بن جعفر بن الزبير و ابي الأسود و محمد بن عبد الرحمن و ابي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف و ابي عبد الرحمن الحبلي و بكير بن الأشج و عبد الرحمن الأعرج و نافع مولى ابن عمر و سالم بن ابي سالم الجيشاني و الجلاح ابي كثير و محمد بن عمرو بن عطاء وطائفة، و عنه ابن اسحاق و عمرو ابن الحارث و سعيد بن ابي ايوب و يحي بن ايوب و الليث و حيوة بن شريح و ابو شريح عبد الرحمن بن شريح و خالد بن حميد المهري و ابن لهيعة المصريون. ثقة صدوق ليس به بأس، فقيه زمانه، عالم عابد زاهد، ولد سنة ستين و توفي في ذي الحجة سنة ٣٢ او ٣٤ او ٣٥، و قال ابن سعد: سنة خمس او ست و ثلاثين و مائة، و نقل صاحب الميزان عن احمد انه قال: ليس بقوى - كذا في التهذيب.

(٤) تأمل فيه فانه موافق لما قال اهل المدينة، و الامام محمد لم يتعرض له بل اثبت من اثر عمر جواز نكاح المريض، و الصداق مرتب عليه. و لعل نافعا سمعه من مولاه عبد الله بن عمر رضي الله عنهم، و الا نافع عن عمر رضي الله عنه منقطع - كما لا يخفى.

رضى الله عنه النكاح، و زعم أهل المدينة أنه باطل .

محمد قال: أخبرنا الثقة من أصحابنا[١] عن هشام بن عروة[٢] عن أبيه[٣] قال: دخل الزبير[٤] على قدامة بن مظعون رضى الله عنه[٥] يعوده قال: فبشر[٦]

---

(١) لعله ابومعاوية المكفوف فانه رواه عن هشام بن عروة و هو شيخ الامام محمد، و قد مضت ترجمته فيا تقدم من الأبواب . و ابن حزم ذكره فى المحلى من طريق ابى عبيد و سعيد بن منصور قالا جميعا : نا ابو معاوية هو الضرير عن هشام بن عروة عن ابيه قال: دخل الزبير على قدامة بن مظعون يعوده فبشر الزبير بجارية و هو عنده فقال له قدامة : زوجنيها ! فقال له الزبير : و ما تصنع بجارية صغيرة و انت على هذه الحال ؟ فقال له قدامة : ان انا عشت فابنة الزبير ، و ان مت فأحق من ورثنى ، قال عروة : فزوجها اياه - انتهى .

(٢) ابن الزبير بن العوام الأسدى ، ابو المنذر ، احد الأعلام ، من رجال الستة ، روى عن ابيه و زوجته فاطمة بنت المنذر و ابى سلمة و خلق ، و عنه ايوب و ابن جريج و شعبة و معمر و خلق ، ثقة حجة امام ، توفى سنة خمس او ست و اربعين و مائة - كذا فى الخلاصة ، و هو من شيوخ ابى حنيفة رضى الله عنهم .

(٣) هو ابن الزبير ابو عبد الله المدنى ، من رجال الستة ، احد الفقهاء السبعة بالمدينة ، روى عن ابيه و امه و خالته عائشة و على و محمد بن مسلمة و ابى هريرة ، و عنه اولاده عثمان و عبد الله و هشام و يحيى و محمد و سليمان بن يسار و ابن ابى مليكة و خلائق ، فقيه ثبت مأمون ، قال الزهرى : عروة بحر لا تكدره الدلاء ، مات و هو صائم سنة اثنتين و قيل ثلاث او اربع او خمس و تسعين ، قيل: عن ابيه مرسل - كذا فى الخلاصة . و كيف يكون مرسلا ؟ و فى هذا الحديث ما يرده و هو قوله و هو عنده ! تدبر .

(٤) هو ابن العوام بن خويلد الأسدى ، ابو عبد الله ، حوارى رسول الله صلى الله عليه و سلم ، و ابن عمته صفية بنت عبد المطلب ، واحد العشرة ، شهد بدرا و ما بعدها ، =

الزبير

الزبير بجارية و هو عنده فقال قدامة : زوجنيها ! فقال له الزبير : و ما تصنع بجارية صغيرة و أنت على هذه الحالة[١] ؟! فقال[٢] : إن عشت[٣] فبنت[٤] الزبير ،

= و هاجر الهجرتين ، و هو اول من سل السيف فى سبيل الله ، من رجال الستة ، قال هشام بن عروة عن ابيه : اسلم الزبير و هو ابن ست عشرة سنة و لم يتخلف عن غزوة غزاها رسول الله صلى الله عليه و سلم ، و عن ابى الأسود : اسلم الزبير و هو ابن ثمان سنين و هاجر و هو ابن ثمان عشرة ، و كان عم الزبير يعلق الزبير فى حصير و يدخن عليه بالنار و هو يقول : ارجع ، فيقول الزبير : لا اكفر ابدا ، و فى صدره امثال العيون من الطعن و الرمى ، و آخى النبى صلى الله عليه و سلم بينه و بين ابن مسعود ، قتل و هو ابن سبع او ست و ستين سنة ، قتله عمرو بن جرموز يوم الجمل فى جمادى الآخرة سنة ٣٦ ، و قبره بوادى السباع ناحية البصرة - كذا فى التهذيب . (٥) ابن حبيب الجمحى . اخو عثمان ، احد السابقين ، بدرى (ب د ع) - تجريد اسماء الصحابة . كان من قدماء الصحابة ، و هاجر الهجرتين ، و شهد بدرا و غيرها ، و هو خال عبد الله بن عمر ، ثم تزوج هو صفية بنت عمر فكان صهره من جهتين ، و كنيته ابو عمير ، مات سنة ست و ثلاثين و هو ابن ثمان و ستين سنة - كذا فى تعجيل المنفعة . و فى المستدرك ج ٣ ص ٣٧٩ : و كانت تحته صفية بنت الخطاب اخت عمر بن الخطاب - اه فتنبه . (٦) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « فبشرى » ، و هو مصحف ، و الصواب ما فى الأصل « فبشر » من البشارة - كما فى المحلى .

(١) كذا فى الأصول ، و فى المحلى « الحال » .

(٢) كذا فى الأصول ، و فى المحلى « فقال له قدامة » .

(٣) كذا فى الأصول ، و فى المحلى « ان انا عشت » .

(٤) فى الأصول « فبت » ، و هو مصحف ، و الصواب « فبنت » ؛ و فى المحلى « ابنة الزبير » .

و إن مت فأحب[١] من ورثتى[٢] ، قال : فزوجها اياه ، فالزبير زوج قدامة بن مظعون فى مرضه و أهل المدينة يقولون : لا يجوز نكاح المريض[٣]!! .

باب فسخ النكاح

محمد قال : قال أبو حنيفة رضى الله عنه : كل فرقة بين الرجل و امرأته وقعت من قبل الرجل[٤] فهى طلاق ، إلا فى خصلة واحدة : إذا ارتد عن

---

(١) فى المحلى « فأحق » .

(٢) كذا فى الأصول ، و فى المحل « و رثتى » .

(٣) و فى الباب آثار اخرى . تقدمت فى اول الباب نقلا عن المحلى .

(٤) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « الزوج » مكان « الرجل » . و فى الدر المختار مع انظار فى كلامه كما فى رد المحتار : ثم الفرقة ان من قبلها ففسخ (و ليست بسبب من الزوج ـ كذا فى النهر) لا ينقص عدد طلاق (فلو جدد العقد بعده ملك الثلاث ، كما فى الفتح) و لا يلحقها طلاق (بعدة الفسخ و لو صريحا ح و انما يلزمها العدة اذا كان الفسخ بعد الدخول) الا فى الردة (يعنى ان الطلاق الصريح يلحق المرتدة فى عدتها و ان كانت فرقتها فسخا لأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالاسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطئى زوج آخر ـ كذا فى الفتح اه ؛ و راجع رد المحتار هنا) و ان من قبله فطلاق (يعنى و ان كانت الفرقة من قبله و لا يمكن ان تكون من قبلها فطلاق) الا بملك او ردة او خيار عتق و ليس لنا فرقة منه و لامهر عليه الا اذا اختار نفسه بخيار بلوغ و شرط للكل القضاء الا ثمانية (و راجع هذا المقام فى رد المحتار و نظم صاحب النهر فقال :

فرق النكاح اتتك جمعا نافعا	فسخ طلاق و هذا الدر يحكيها
تباين الدار مع نقصان مهر كذا	فساد عقد و فقد الكفو ينحيها
تقبيل سبي و اسلام المحارب او	ارضاع ضرتها قد عد ذافيها =

الاسلام لم تكن ردته بطلاق ، و كل فرقة جاءت من قبل المرأة فليست بطلاق بوجه من الوجوه لأن الطلاق بيد الرجل لا بيد المرأة . و قال أهل المدينة : كل نكاح يفسخ على كل حال ، و لا يستقيم أن يحصر[1] على كل حال ، فان فسخه و فرقته ليس بطلاق ، وكل نكاح كان إتيانه[2] إلى المرأة أو إلى الولى إن شاء من ولى ذلك منهما و[3] أثبته أقيم[4] عليه ، و إن شاء

= خيار عتق بلوغ ردة و كذا　　ملك لبعض و تلك الفسخ يحصيها
اما الطلاق لجب عنة و كذا　　ايلاؤه و لعان ذاك يتلوها
قضاء قاض اتى شرط الجميع خلا　　ملك و عتق و اسلام اتى فيها
تقبيل سبى مع الايلاء يا املى　　تباين مع فساد العقد يدنيها

يعنى ان الفرقة التى هى طلاق هى الفرقة بالجب و العنة و الايلاء و اللعان و اباء الزوج عن الاسلام - كذا فى رد المحتار . و ارتداد احدهما فسخ فى الحال ، و رد المرأة على زوجها بنكاح او بدونه مبنى على اختلاف الزمان و الأحوال ، كما فى العصر الحاضر فى الهند فانه لابد للعلماء من الافتاء بأن المرأة اذا ارتدت لا ينفسخ النكاح و تبقى المرأة فى نكاح زوجها ، و الاختلاف فى ذلك بين المشايخ مذكور فى الدر المختار و رد المحتار و البحر و غيرها من الكتب فراجع اليها .

(١) كذا فى الأصول ، و تأمل فى العبارة ومعناها فانى لم اجد فى المدونة و لا فى شرح الزرقانى هذا اللفظ ، ففتشه فى مظانه .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى الهندية « اثباته » و هو الصحيح عندى .

(٣) كذا فى الأصول بزيادة الواو قبل « اثبته » و بعضهم اسقطها من البين فتكون الجملة هكذا « ان شاء من ولى ذلك منهما اثبته » و عندى هى العاطفة ، عطف على قوله « ولى » داخل تحت الشرط ، و جزاؤه « اقيم عليه » تأمل فيه و لا تعجل .

(٤) كذا فى الأصول ، و هو جزاء « من ولى » الشرط .

نقض و فرق[1] بينهما، و فرقته[2] إذا هو فرق تطليقة واحدة، و ليس لمن ملك ذلك منهما أن تبين[3] المرأة ممن نكحها بأكثر من تطليقة واحدة.

و قال محمد: ما تقولون فى عبد تحته أمة زوجها مولاها فأعتقت أليس لها الخيار؟ قالوا: بلى. قيل لهم: فان اختارت نفسها أيكون ذلك طلاقا؟ قالوا: نعم يكون طلاقا. قيل لهم: فما تقولون فى العبد ينكح بغير إذن سيده ينكحه الحر باذنه ثم يبلغ سيده فيفرق بينهما أيكون هذا طلاقا؟ قالوا: نعم لأن السيد لو أجازه جاز. قيل لهم: أرأيتم النكاح قبل أن يجيز السيد أجائز هو و يحل للعبد أن يطأ المرأة بذلك النكاح أم هو غير جائز! فلا ينبغى للعبد أن يطأها حتى يجيز السيد! فان قلتم: إن ذلك جائز. فكيف ينقضه السيد؟! و إن قلتم: ذلك غير جائز. فكيف تكون الفرقة طلاقا! و إن لم يقع نكاح ثابت فكيف تكون الفرقة فى اختيار الأمة نفسها إذا اعتقت طلاقا؟ و الفرقة إنما جاءت من قبل المرأة! و هل يكون فى يدى المرأة من الطلاق شيء؟ إنما الطلاق بيد الرجل، فما كان من فرقة من قبله فهو[4]

(١) هكذا فى الأصول بالواو، عطف على نقض، و بعضهم اسقط الواو من البين، و الصواب عندى العطف.

(٢) و قوله «و فرقته» كذا فى الأصول بالواو، و قوله «اذا هو» كذا فى الأصول، و الصواب «اذن هى» كما لا يخفى. قلت: بل الصواب «اذا هو فرق» اى الزوج - ف.

(٣) كذا فى الأصول «تبين» بتاء التأنيث، و الأحرى و الأنسب بالمقام «يبين» بياء الغيبة المذكر لأن الضمير راجع الى «من ملك» و هو مذكر لفظا - و الله اعلم.

(٤) قوله «فهو» كذا فى الأصول بالتذكير، و الصحيح «فهى» بالتأنيث، راجعة الى الفرقة، كما فى قوله «ليست» بالتأنيث، و يمكن ان يرجع الى كلمة «ما» الموصولة - تأمل؛ =

طلاق

طلاق، و ما كان من فرقة من قبل المرأة ليست[1] بطلاق، إنما يكون الطلاق ممن يكون في يده الطلاق، و كل فرقة جاءت[2] من قبل الزوج الذي في يده الطلاق فهو طلاق. و المرأة ليس في يدها طلاق فكل فرقة جاءت من قبلها و لم تأت من قبل الزوج فليست بطلاق.

أخبرنا محمد قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: إذا أعتقت المرأة المملوكه و لها زوج خيّرت، فان اختارت زوجها فهما على نكاحهما، و إن كان قد دخل بها كان الصداق لمولاها، و إن اختارت نفسها فرق بينهما و لم يكن لها صداق و لا لمولاها لأن الفرقة جاءت من قبلها، و لم تكن فرقتهما[3] طلاقا، و لها أن تتزوج من يومها إن شاءت[4].

= وقد اخرج الطبراني عن ابن عباس «الطلاق بيد من اخذ بالساق» و روى ابن ماجه و الدارقطني عنه قال: جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله! سيدي زوجني امته و هو يريد ان يفرق بيني و بينها! فصعد النبي صلى الله عليه و سلم المنبر فقال: ايها الناس! ما بال احدكم يزوج عبده من امته ثم يريد ان يفرق بينهما؟ انما الطلاق لمن اخذ بالساق؛ كذا قال القاري - اه التعليق الممجد.

(١) كذا في الأصول بدون الفاء، و الراجح «فليست» بالفاء.

(٢) تكرار للتوضيح و الافهام، و الآيات و الأحاديث ناطقة بأن الطلاق بيد الرجال، ألا ترى انهم خوطبوا فيها به و أضاف الله تعالى ايقاع الطلاق اليهم دون النساء! و لاحاجة الى ايرادها.

(٣) كذا في الأصول «فرقتهما» و الأرجح «فرقتها» بافراد التأنيث.

(٤) اخرجه الامام محمد في كتاب الآثار هكذا مفصلا، ثم قال: و بهذا كله نأخذ، و هو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى. و في كتاب الآثار للامام ابي يوسف رحمه الله تعالى من عدد ٥٩٣: قال ثنا يوسف عن ابيه عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم =

محمد قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: إذا جاءت الفرقة من قبل الزوج فهى طلاق، و إذا جاءت من قبل المرأة فليست بطلاق، فان كان دخل بها فلها المهر كاملا، و إن لم يكن دخل بها فلا صداق لها إن كانت الفرقة من قبلها[1] .

= قال : كل فرقة كانت من قبل المرأة فليس بطلاق، و كل فرقة كانت من قبل الزوج فهو طلاق - انتهى . و فيه ايضا من عدد ٦٢٦: قال ثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال : كل فرقة جاءت من قبل الرجل فهو طلاق، و لها نصف الصداق و ان لم يكن دخل بها، و كل فرقة جاءت من قبل النساء فليس لها شيء اذا لم يدخل بها - انتهى . و فيها ايضا من عدد ٦٣٧: قال ثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال فى الرجل تعتق امرأته و هى امة و لم يدخل بها فتختار نفسها انه قال : لا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها - انتهى .

(١) فى الموطأ للامام محمد: باب الرجل يأذن لعبده فى التزويج هل يجوز طلاق المولى عليه، اخبرنا مالك اخبرنا نافع عن ابن عمر انه كان يقول: من اذن لعبده فى ان ينكح فانه لا يجوز لامرأته طلاق الا ان يطلقها العبد، فأما ان يأخذ الرجل امة غلامه او امة وليدته فلا جناح عليه. قال محمد: و بهذا نأخذ. وهو قول ابى حنيفة و العامة من فقهائنا؛ اخبرنا مالك اخبرنا نافع عن ابن عمر أن عبدا لبعض ثقيف جاء إلى عمر بن الخطاب فقال: ان سيدى انكحنى جاريته فلانة! و كان عمر يعرف الجارية و هو يطأها فأرسل عمر الى الرجل فقال : ما فعلت جاريتك؟ قال : هى عندى، قال: هل تطأها؟ فأشار اليه بعض من كان عنده فقال: لا ، فقال عمر: اما و الله لو اعترفت لجعلتك نكالا، قال محمد: بهذا نأخذ، لا ينبغى اذا زوج الرجل جاريته عبده ان يطأها لأن الطلاق و الفرقة بيد العبد اذا زوجه مولاه و ليس لمولاه ان يفرق بينهما بعد ان زوجها ، فان وطئها ينبغى ان يتقدم اليه فى ذلك، فان عاد ادّبه الامام على قدر ما يرى من الحبس و الضرب و لا يبلغ ذلك اربعين سوطا - انتهى .

باب العبد يتزوج بغير إذن سيده[1]

قال محمد: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى العبد يتزوج بغير إذن سيده فلما

(١) قال الامام فى كتاب الآثار: اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال: اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فنكاحه فاسد، و ان اذن له بعد ما تزوج فنكاحه ثابت، قال محمد: و به نأخذ، و انما يعنى بقوله «ان اذن له بعد ما تزوج» يقول: ان اجاز ما صنع فهو جائز، و هو قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى - انتهى. و فى آثار ابى يوسف من عدد ٦٠٠: قال ثنا يوسف عن ابيه عن ابى حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال: اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فللمولى ان يفرق بينهما و يأخذ من المرأة ما اخذت من العبد، و ان تزوج باذن مولاه فالطلاق بيد العبد - انتهى. و فى الباب اخبار و آثار، فروى ابو داود و الترمذى وحسنه و الحاكم و صححه عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، و اخرجه البيهقى ايضا. و أخرج عن ابن عمر رفعه: اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل. و اخرج عن ابن عمر انه كان يرى ان نكاح العبد بغير اذن سيده زنا و يعاقب من زوجه، و قال البيهقى: و روينا عن عمر بمعناه، و قال الحافظ فى التلخيص: حديث «ايما مملوك انكح بغير اذن مولاه فهو عاهر» و يروى «فنكاحه باطل» احمد و ابو داود و الترمذى وحسنه و الحاكم و صححه من حديث ابن عقيل عن جابر باللفظ الاول، و اخرجه ابن ماجه من رواية ابن عقيل عن ابن عمر، وقال الترمذى: لا يصح انما هو عن جابر. و ابو داود من حديث العمرى عن نافع عن ابن عمر باللفظ الثانى و تعقبه بالتضعيف و بتصويب وقفه. و رواه ابن ماجه من حديث ابن عمر بلفظ ثالث «ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو زان» و فيه مندل بن على و هو ضعيف، و قال احمد بن حنبل: هذا حديث منكر، وصوب الدارقطنى فى العلل وقف هذا المتن على ابن عمر. و لفظ الموقوف اخرجه عبد الرزاق عن معمر =

بلغه ذلك كرهه و قال «لا أجيز»: إنه[1] قد فسخ النكاح بقوله «لا أجيز»[2].
و قال أهل المدينة: إذا قال «لا أجيز» ثم كلم فى ذلك فأجاز فان لم يكن عزم على فسخه حين قال «لا أجيزه» و كان ذلك نظراً منه و ذلك فى مجلس واحد فلا بأس بأن يقيم العبد على نكاحه، و إن كان قال ذلك و هو عازم على فسخ نكاحه ثم أجاز بعد ذلك فرق بينهما.

قال محمد: و أيّ عزم على فسخ النكاح من قوله «لا أجيز»[3]؟

= عن ايوب عن نافع عن ابن عمر انه وجد عبدا له تزوج بغير اذنه ففرق بينهما و ابطل صداقه وضربه حدا - انتهى. و قال ابن حزم بعد ذكر حديث جابر: و اسم «العبد» واقع على الجنس، فالذكور و الأناث من الرقيق داخلون تحت هذا الاسم - انتهى. و انت تعلم هذا تحكم بارد لم يرد به قرآن و لا سنة و لا قول صحابي و لا يساعده لغة، و قد فرق فى القرآن و السنة بين العبد و الأمة فى مواضع عديدة، و ليس فى القرآن و الحديث ان العبد امة و الأمة عبد، و ليس فيهما ان هذا الاسم جنس، و ما كان ربك نسيا! و قد وقع فى القرآن اسم العبد على المذكر و اسم الأمة على المؤنث، و لا يسمع قول ابن حزم دون قول الله و رسوله، ثم قال: و ايضا قد صح عن رسول الله صلى الله عليه و سلم انه قال «ان دماءكم و اموالكم عليكم حرام» و الأمة مال لسيدها فهو حرام عليه الا بانكاحها اياه بنص كلامه عليه الصلاة و السلام - اه. انظر قياسه و القياس كله باطل عنده! و الحلة تثبت بالنكاح لا بالانكاح، كما نطق به القرآن و الحديث.

(١) هذه جملة مستأنفة مستقلة ليست بمفعول لأجيز، و مفعوله محذوف. اى: لا اجيزه فافهم.

(٢) قوله هذا فى معنى الرد و الانكار. اى: أنكره و افسخه و ارده، و هو يكفى فى الرد و التفريق.

(٣) كذا فى الأصول و هو لا يصح عندى لفظا و معنى، و كتب بعضهم على هامش =

و إذا

و إذا قال «لا أجيزه» فقد فسخه، و إن كنتم[1] إنما تأخذون بما نطق به فقد نطق بما قد فسخ النكاح، فان[2] كنتم إنما تنظرون إلى ما فى قلبه من ذلك فهذا مما لا ينبغى أن يلتفت إليه، أرأيتم لو عزم على فسخ النكاح بقلبه

= الأصل: لعله يكون «أولى» او «اعلى» يعنى: اى عزم يكون اولى او اعلى على فسخ النكاح - الخ. و لى فيه قلق كما لا يخفى، فتأمل، و لعل فى العبارة سقطا، و العبارة عندى هكذا: و اى عزم على فسخه يكون اظهر من قوله «لا اجيزه» - فافهم، و اوضحه بعده بقوله «و اذا قال - الخ»، و الاجازة تثبت بالدلالة كما تثبت بالصراحة و بالضرورة، فالصراحة كرضيت و اجزت و اذنت و نحوه، و الدلالة تكون بالقول، كقول المولى بعد بلوغه الخبر «حسن» او «صواب» او «لا بأس به»، و بفعل يدل عليها كسوق المهر او شىء منه الى المرأة، و الضرورة بنحو عتق العبد او الأمة، فالاعتاق اجازة - و تمامه فى البحر وفتح القدير و رد المحتار؛ و فى بعضها اختلاف المشايخ؛ و قوله لعبده «طلقها رجعية» اجازة لأن الطلاق الرجعى لا يكون الا بعد النكاح الصحيح فكان الأمر به اجازة اقتضاء، بخلاف البائن لأنه يحتمل المتاركة كما فى النكاح الفاسد و الموقوف، و يحتمل الاجازة فحمل على الأدنى - اه رد المحتار. و فيه زيادة فراجعه، و لا يكون قوله «طلقها» او «فارقها» اجازة لأنه يستعمل للتاركة فيكون ردا و يحتمل الاجازة، فحمل على الأولى و هو الرد - كذا فى الدر المختار و رد المحتار و الهداية و العناية و الكفاية و فتح القدير و غيرها من كتب الفقه.

(١) كذا فى الأصل، و فى الهندية «و انما كنتم» و هو مصحف، و الصواب ما فى الأصل «و ان كنتم» بان الشرطية كما فى مقابله الآتى - تأمل.

(٢) كذا فى الأصل، و فى الهندية: «و ان» - ف.

بغير منطق أ كان ذلك يبطل النكاح؟ قالوا: لا. قيل لهم: فانما فسخ النكاح المنطق[١]. أرأيتم لو قال «اشهدوا أنى قد فسخت النكاح و لا أجيزه و قد أبطلته» ثم قال بعد ذلك «لم أرد بنطق إبطال النكاح و لم أعزم عليه» أينبغى للعبد أن يقيم على امرأته بعد ما سمع هذا المنطق من مولاه؟! أو ينبغى للحاكم أن يدعهما على النكاح و قد سمع ذلك من قول المولى «إنى لم أعزم بهذا المنطق على الفسخ»؟! إنما يأخذ الحاكم فى هذا بالظاهر، فما جاء من الباطن خلاف ما ظهر فهو باطل[٢].

باب المرأة تنكح بغير إذن وليها غير كفو

محمد قال: قال أبو حنيفة رضى الله عنه فى المرأة تنكح بغير إذن وليها غير كفو[٣] فتريد المرأة أن تنقض ذلك قبل أن يأتى وليها: إن ذلك ليس

---

(١) هو فاعل لقوله «فسخ».

(٢) لا اعتبار له فان الاجازة مما فيه نطق و لا بد منه.

(٣) اعلم ان الكفاءة فى النكاح معتبرة عندنا فى اللزوم على الأولياء حتى عند عدمها جاز للولى الفسخ - اه فتح القدير. و هذا بناء على ظاهر الرواية من ان العقد صحيح و للولى الاعتراض و هو فى الكتاب حيث قال: ذلك ليس لها حتى يقدم وليها و هو ينقض او يجيز - الخ؛ اما على رواية الحسن بن زياد عن ابى حنيفة المختارة للفتوى من انه لا يصح، فالمعنى معتبرة فى الصحة، و كذا لو كانت الزوجة صغيرة و العاقد غير الأب و الجد لايصح العقد؛ قال فى الدر المختار: فنفذ نكاح مكلفة بلا رضى ولى، و الأصل ان كل من تصرف فى ماله تصرف فى نفسه، و ما لا فلا. و له اى للولى اذا كان عصبة و لو غير محرم (كابن عم فى الأصح - خانية) الاعتراض فى غير الكفو فيفسخه القاضى ما لم تلد منه، و يفتى فى غير الكفو بعدم جوازه اصلا و هو المختار للفتوى لفساد الزمان - انتهى. قال العلامة ابن عابدين رحمه الله: هذه رواية =

= الحسن عن ابي حنيفة ، و هذا اذا كان لها ولى لم يرض به قبل العقد فلا يفيد الرضا بعده - بحر ، و اما اذا لم يكن لها ولى فهو صحيح نافذ مطلقا اتفاقا كما يأتى ، لأن وجه عدم الصحة على هذ الراية دفع الضرر عن الأولياء ، اما هى فقد رضيت باسقاط حقها - فتح ؛ قال شمس الأئمة : و هذا اقرب الى الاحتياط - كذا فى تصحيح العلامة قاسم ، لأنه ليس كل ولى يحسن المرافعة و الخصومة و لا كل قاض يعدل ، و لو احسن الولى وعدل القاضى فقد يترك انفة للتردد على ابواب الحكام و اشتقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر ، فكان منعه دفعا له - فتح ؛ و فى اعتبار الكفاءة خلاف مالك و الثورى و الكرخى من مشايخنا - كذا فى فتح القدير ؛ فكان الأولى ذكر الكرخى ؛ و فى حاشية الدرر للعلامة نوح : ان الامام ابا الحسن الكرخى و الامام ابا بكر الجصاص و هما من كبار علماء العراق و من تبعهما من مشايخ العراق لم يعتبروا الكفاءة فى النكاح ، و لو لم تثبت عندهم هذه الرواية عن ابى حنيفة لما اختاروها ، و ذهب جمهور مشايخنا الى انها معتبرة فيه ، و لقاضى القضاة سراج الدين الهندى مؤلف مستقل فى الكفاءة ذكر فيه القولين على التفصيل و بين ما لكل منهما من السند و الدليل - اه ؛ و فى الكفاءة وردت احاديث يشد بعضها بعضا فتصلح للحجة ، منها حديث جابر مرفوعا « ألا لا يزوج النساء الا الأولياء ، و لا يزوجن الا من الا كفاء » قال المحقق فى فتح القدير : و هو حديث ضعيف فى سنده بشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة و الحجاج مختلف فيه ، و بشر ضعيف متروك نسبه الى الوضع ؛ و سيأتى تخريجه لكنه حجة بالتظافر و الشواهد ، فمن ذلك ما روى محمد فى كتاب الآثار عن ابى حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : لأمنعن فروج ذوات الأحساب الا من الا كفاء ؛ و من ذلك ما رواه الحاكم و صححه من حديث على انه عليه الصلاة و السلام قال له « يا على ! ثلاث لا تؤخرها الصلاة اذا اتت و الجنازة اذا حضرت و الأيم اذا وجدت كفوا » و قول الترمذى فيه : لا ارى اسناده متصلا ، منتف =

لها حتى يقدم وليها فليكن هو الذى ينقض أو يجيز ؛ و قال أهل المدينة : لها أن تنقض ذلك إن استخلفت رجلا فزوجها إن كان كفوا أو غير كفو ، لأن ذلك ليس بنكاح .

و قال محمد : قد قلتم إن الفرقة فى هذا تطليقة ، فكيف يكون هذا ليس بنكاح و فرقته طلاق ؟! هذا كلام ينقض بعضه بعضا ، ينبغى[1] إن زعمتم أن هذا ليس بنكاح و أن لها نقضه قبل مجيء الولى أن لا يكون فرقته

= بما ذكرناه من تصحيح الحاكم ، و قال فى سنده « سعيد بن عبد الله الجهنى » مكان قول الحاكم « سعد بن عبد الرحمن الجمحى » فلينظر فيه . و ما عن عائشة عن النبى صلى الله عليه و سلم « تخيروا لنطفكم و انكحوا الاكفاء » روى ذلك من حديث عائشة و انس و عمر من طرق عديدة فوجب ارتفاعه الى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى و ثبوته عنه صلى الله عليه و سلم . و فى هذا كفاية ثم وجدنا فى شرح البخارى للشيخ برهان الدين الحلبى ذكر ابن البغوى قال : انه حسن ، و قال فيه : رواه ابن ابى حاتم من حديث جابر عن عمرو بن عبد الله الأودى بسنده . ثم وجدنا بعض اصحابنا صورة السند عن الحافظ قاضى القضاة العسقلانى الشهير بابن حجر : قال ابن ابى حاتم : حدثنا عمرو بن عبد الله الأودى حدثنا وكيع عن عباد بن منصور قال حدثنا القاسم ابن محمد قال سمعت جابرا رضى الله عنه يقول قال سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول « و لا مهر اقل من عشرة دراهم » من الحديث الطويل ؛ قال الحافظ : انه بهذا الاسناد حسن ، و لا اقل منه - انتهى . و فيه مزيدة اخرى نقضا و ابراما و نظرا و دفعة فراجع اليه .

(١) هكذا فى الهندية ، و فى الأصل « و ان ينبغى » وعندى ما فى الهندية هو الراجح جملة مستأنفة صحيحة لفظا و معنى - تأمل فيه .

طلاقا، وكيف يكون فرقة ما ليس بنكاح طلاقا[١]؛ وإن كان ذلك نكاحا حتى يفرق بينهما الولي فليس لها أن تنقضه حتى قدم الولي فيجيز أو يرد.

باب العبد تكون تحته أمة فيهب المولى الأمة للعبد فيقبلها

محمد قال: قال أبو حنيفة رضي الله عنه للذي يهب جاريته[٢] لزوجها وهو مملوك له والزوجة أيضا مملوكة له كان هبته[٣] لاهية[٤]: لا تفسد النكاح، لأن العبد لا ملك له[٥]. وقال أهل المدينة: إن علم أنه إنما صنع ذلك لينزعها منه فليس ذلك بجائز، وهي امرأة العبد كما هي، وإن لم يعلم أنه إنما صنع ذلك لينزعها منه جاز ذلك وبطل النكاح، وحلت للعبد بملك يمينه.

وقال محمد: كيف اختلف إذا علم أنه انما أراد أن ينزعها منه أو لم يعلم؟ أرأيتم إن ادعى الغلام ذلك وقال «إنما وهبتها لتنزعها مني» وقال المولى «لم أهبها لذلك» القول قول من هو في ذلك؟ وكيف يملك العبد امرأته وهو لا يملك نفسه؟! وقد قال الله تعالى «ضرب الله مثلا عبدا مملوكا

---

(١) لأن الطلاق يترتب على صحة النكاح، وإذا لم يوجد عندكم نكاح فكيف تقولون بصحة الطلاق.

(٢) كذا في الأصل، وفي الهندية «جارية» بدون الاضافة، وكلاهما صحيح باعتبار السياق والسباق - كما لا يخفى.

(٣) كذا في الأصل «هبته» بالاضافة الى المولى، وفي الهندية «هبة» منكر وهو صحيح.

(٤) كذا في الأصول مكتوب ولم افهم معناه، ولعله زيادة من الناسخ من غير روية وفكر لا فائدة فيها صفة مهمل. قلت: بل كلام صحيح يعني «هبته» لا تصح فلا تفسد بها النكاح - ف.

(٥) قد مر فيما مضى أيضا ان العبد وما في يده ملك للمولى، فهبته المولى جاريته لعبده لا تثبت الملك له فلا يفسد بها النكاح، ولعل معنى قوله «لاهية» لاغية ولغو يعني =

= ان هبة المولى للعبد لغو غير مفيدة للملك فلا تؤثر فى صحة نكاح العبد فهو باق على حاله ، و ملك اليمين لا يثبت للعبد لأنه مال للولى يتصرف فيه كيف شاء من البيع و الشراء و الهبة وجرى الميراث فيه بعد موته كما يتصرف فى سائر امواله المملوكة ، و به قال سفيان الثورى و الشافعى ، قالوا كلهم : المكاتب و الموصى بعتقه و المعتق و الموهوب و المتصدق به و ام الولد بموت سيدها فمالهم كله للعتق او لورثته ، و قال الحسن بن حي : مال المعتق و المكاتب لسيدهما . و قال ابن شبرمة : مال المعتق و أم الولد للسيد و لورثته ، و قال احمد و اسحاق : مال المعتق لسيده ، و روى هذا القول عن الحكم بن عتيبة وصح عن قتادة ، قال ابن حزم : و روينا من طريق عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن ابى خالد الأحمر عن عمران بن عمير عن ابيه انه كان عبدا لابن مسعود فأعتقه و قال : اما ان مالك لى ، ثم قال : هو لك ، وصح نحوه عن انس بن سيرين عن انس بن مالك - اه . ثم قال ابن حزم : فنظر فيما احتج به من قال مال المعتق لسيده فوجدناهم يذكرون ما روينا من طريق قاسم بن اصبغ نا جعفر بن محمد نا محمد بن سابق نا سفيان الثورى عن عبد الأعلى بن ابى المساور حدثنى عمران بن عمير عن ابيه قال ابن مسعود : اريد ان اعتقك و ادع مالك فأخبرنى بمالك فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول « من اعتق عبدا فماله للذى اعتقه » و من طريق العقيلى نا عبد الرحمن بن الفضل نا محمد بن اسمعيل نا اسحاق بن ابراهيم بن عمران المسعودى مولاهم سمع عمه يونس بن عمران عن القاسم بن عبد الرحمن قال قال ابن مسعود سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : من اعتق مملوكا فليس للملوك من ماله شيء - اه . و المرفوع و ان كان فى اسناده كلام لكنه يقوى بهذا المرسل الذى سماه ابن حزم منقطعا - تأمل ، فان القاسم روى عن ابيه و عن جده ابن مسعود رضى الله عنه مرسلا ، كما فى التهذيب ، و هو ثقة من رجال صحيح البخارى و غيره من السنن .

لا يقدر على شيء»[1] ؛ و قد قال عمر بن الخطاب[2] رضى الله عنه و غيره من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم منهم على بن أبى طالب[3]

(١) قال البيهقى فى سننه الكبرى : قال الشافعى رحمه الله تعالى انما احل الله التسرى للمالكين و لا يكون العبد مالكا بحال . قال الله تعالى «ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء» و ذكر مما روينا فى كتاب البيوع عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه و سلم قال : من باع عبدا له مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع - اه . و دل الكتاب و السنة ان المماليك لمن ملكهم ، و لا يملكون من انفسهم شيئا ، فلا يملكون ما فى ايديهم بل هو ملك للوالى . فهبة الجارية لا تكون ملكا للعبد فلا يفسد النكاح بها .

(٢) قد تقدم من سنن البيهقى انه روى عن عمر رضى الله عنه ايضا بمعنى حديث ابن عمر . و فى المحلى : و قول رابع من طريق منقطع عن عمر بن الخطاب : اذا نكح العبد بغير اذن مواليه فنكاحه حرام ، فان نكح باذن مواليه فالطلاق بيده يستحل الفرج ، و من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر : ان اذن السيد لعبده ان يتزوج فانه لا يجوز لامرأته طلاق الا ان يطلقها العبد ، و ان ابى ان يأخذ امة غلامه او امة وليدته فلا جناح عليه . و من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن دينار ان ابامعبد اخبره ان عبدا كان لابن عباس و كان له امرأة جارية لابن عباس فطلقها فبتها فقال ابن عباس : لا طلاق لك فارتجعها ، فأبى . قال عبد الرزاق : نا معمر عن سماك عن الفضل ان العبد سأل ابن عمر فقال له : لا ترجع اليها و ان ضرب رأسك ، و صح عن سعيد ابن المسيب : اذا انكح السيد عبده فليس له ان يفرق بينهما ، و صح عن شريح و الحسن و ابراهيم ان الطلاق بيد العبد . و هو قول ابى حنيفة و مالك و الشافعى و ابى سليمان و اصحابهم - اه .

(٣) لم ادر من اخرجه عنه رضى الله عنه ؟ و فتشه من مظانها .

رضى الله عنه و عبد الرحمن بن عوف[1] رضى الله عنه أن الرجل إذا أنكح أمته لم يكن إليه من طلاقها شيء، فأما[2] إذا كان يقدر على أن يهبها لعبده فتبين بذلك فهذا بمنزلة رجل بيده الطلاق يفرق بينهما إذا شاء و يجمع بينهما إذا شاء. أرأيتم لو قال المولى لعبده «قد وهبت لك امرأتك فلانة» فقال العبد «لا اقبل هبتك» أيفسد النكاح بذلك أم تكون امرأته؟ فان قلتم: إن النكاح يفسد إذا لم يعلم أنه أراد بذلك أن ينزعها فقد جعلتم الفرقة بيد المولى، و ما بال المولى إلا أن يكون بيده طلاق إذا كان هذه بيده! و قد أبطلتم ما قال عمر بن الخطاب و علي و عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم فى هذا و غيرهم من الفقهاء[3]، و أنتم تقولون: إنما الطلاق بيد العبد. فاذا كان المولى يقدر على الفرقة بينهما فما يصنع بأن يكون الطلاق بيده؟ و إن قلتم لا يكون هذا حتى يقبلها العبد. فينبغى فى قولكم أن تبينوها من زوجها. و إن علمتم أن المولى لو أراد[4] بذلك نزعها من زوجها لأن زوجها من قبل الهبة فهو الذى أبطل النكاح بفعله، و لو شاء لم يقبل[5] فلم يبطل النكاح. فينبغى إن قلتم: إن الهبة لا تتم إلا بقبول العبد و لا يلتفت إلى ما أراد المولى من نزعها من عبده.

فقد تم بحمد الله و منه، الجزء الثالث من «كتاب الحجة على أهل المدينة» يوم الاثنين ١٦ من شهر ربيع الأول المبارك من شهور سنة ١٣٨٩ من هجرة خير البرية عليه صلوات الله و سلامه و على آله. و يتلوه الجزء الرابع منه اوله «باب النصرانى تكون تحته النصرانية فتسلم - الخ»

---

(١) لم اجده فى كتب الأحاديث التى عندى.

(٢) كذا فى الأصل بزيادة الفاء، و فى الهندية «اما» من غير فاء.

(٣) الذين ذكرتهم قبل ذلك من المحلى.

(٤) كذا فى الأصل «لو اراد» و فى الهندية «اراد» و هو الراجح عندى.

(٥) كذا فى الأصل «لم يقبل» من القبول، و فى الهندية «لم يفعل» و هو الراجح.

فهرس الجزء الثالث من كتاب الحجة على أهل المدينة

كتاب الكراهية و الاستحسان

صفحة	مضمون
٢٥	باب الدين فى المضاربة
»	قال ابو حنيفة فيمن دفع الى رجل دينا فى مضاربة فاشترى به سلعة ثم باعها بدين و ربح ثم هلك قبل ان يقبض المال جعل القاضى للميت وصيا فيدفع الى صاحب المال رأس ماله و حصته من الربح ـ الخ .
»	و قال اهل المدينة : ان شاء ورثة العامل ان يقتضوا المال و هم على شرط ابيهم فذلك لهم ـ الخ .
٢٧	احتجاج الامام عليهم .
٢٨	باب الرجل يدفع إليه مالا مضاربة فيبيع بالدين
»	قال ابو حنيفة : من دفع ماله مضاربة فباع بالدين فبيعه جائز ، و لا يضمن الا ان يكون نهى عن الدين فضمن ذلك .
»	و قال اهل المدينة : ان باع بالدين ضمن .
»	احتجاج الامام عليهم .
٢٩	باب المحاسبة فى المضاربة
»	قال ابو حنيفة : لا يجوز للمضارب و رب المال ان يفاصلا و المال غائب عنهما حتى يحضر المال . وكذلك قال اهل المدينة . و هو قول محمد .
»	باب الرجل يدفع الى رجل مالا مضاربة ثم جاءه بمال فقال: هذه حصتك من الربح
»	قال ابو حنيفة فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ثم جاءه فقال : هذه حصتك من الربح و قد اخذت لنفسى مثله و رأس مالك عندى لا احب ذلك و لا يكون قسمته حتى يحضر المال كله و يحاسبه ثم يقتسمان الربح بينهما ـ الخ .
٣٠	و قال اهل المدينة مثل ذلك . و هذه كله قول محمد .
»	باب الرجل يدفع اليه المال مضاربة فيشترى منه جارية فيطأها ثم يدعى الحبل
»	قال ابو حنيفة فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فعمل فيه فربح ثم اشترى

من ربح المال جارية فوطئها فحملت منه فادعى الحمل فان كان فيه فضل كانت ام ولده و غرم رأس المال ـ الخ .

٣١　و قال اهل المدينة : ان اشترى جارية من ربح المال او من جملته فوطئها فحملت منه و نقص المال اخذت قيمة الجارية من ماله ، و ان لم يكن له مال بيعت الجارية حتى يوفي المال من ثمنها .

»　و قال محمد : ان كان عتق منها شيء بحملها منه فليس ينبغي ان تباع الجارية كان له مال او لم يكن ، و ان لم يكن جرى فيها عتق بحملها منه فلتبع ـ الخ .

٣٢　باب الرجل يدفع الى رجل مالا مضاربة و يأمره ان يعمل فيه برأيه

»　قال ابو حنيفة في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة و امره ان يعمل برأيه فاشترى سلعة و زاد ثمنها من عنده فالمضارب شريك صاحب المال فى الربح و النقصان بحساب ما زاد فيها من عنده .

»　و قال اهل المدينة : ان دفع اليه مالا قراضا فتعدى فاشترى به سلعة و زاد فى ثمنها من عنده فصاحب المال بالخيار ان بيعت سلعته ان شاء ان يأخذ المال و قضاه ما زاد من عنده ، و ان ابى كان المقارض شريكا له فى النماء و النقصان بحساب ما زاد فيها من عنده .

٣٣　احتجاج الامام عليهم .

»　باب الرجل يدفع المال مضاربة و لم يأمره ان يعمل فى ذلك برأيه

»　قال ابو حنيفة فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة و لم يأمره ان يعمل برأيه و لم يأذن له ان يدفعه مضاربة فدفعه المضارب الى آخر مضاربة فالأول ضامن لرب المال و يأخذ الأول من الثانى رأس المال ، فان كان فيه نقصان فعلى الأول ، و ان كان فيه ربح كان بينهما على ما اشترطا ، و ينبغي للاول ان يتصدق بحصته و لا يأكله ، و لاشيء لرب المال ـ الخ .

فالقول قول رب المال .

٣٩ و قال اهل المدينة : القول قول العامل مع يمينه ـ الخ .

« احتجاج الامام عليهم و قال : القول قول المضارب مع يمينه وعلى العامل البينة .

٤٠ باب رجل يدفع الى رجل المال مضاربة فاشترى به السلعة فوجد المال قد سرق

« قال ابو حنيفة فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاشترى به سلعة ثم ذهب ليدفع المال الى رب السلعة فوجد المال قد سرق بعد ما اشترى فالمضارب يرجع على المال بمثل المال يدفعه الى البائع و يأخذ السلعة فتكون على المضاربة ـ الخ .

٤١ وقال اهل المدينة : يلزم العامل المشترى اداء ثمنها الى البائع . و يقال لرب المال : ان شئت ان تدفع الثمن و السلعة بينكما تكون السلعة قراضا . و ان شئت فابرأ من السلعة . فان دفع الثمن الى العامل كانت قراضا ـ الخ .

٤٢ احتجاج الامام عليهم احتجاجا حسنا .

٤٣ باب اذا تفاسخا فبقى عند احدهما شيء من المضاربة

« قال ابو حنيفة فى المضاربين اذا تفاصلا فبقى عند العامل من المتاع الذى يعمل فيه خلق قربة او ثوب او اشباه ذلك تافها كان او غير تافه من مال المضاربة لا يترك شيء للمضارب .

٤٤ و قال اهل المدينة : ان كان تافها لا خطب له فهو للعامل .

« احتجاج الامام عليهم .

« باب الرجل يدفع الى رجل مالا مضاربة سلعة فقال رب المال بعها، وقال المضارب لا

« قال ابو حنيفة فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاشترى به سلعة فقال له رب المال بعها . و قال المضارب لا ارى وجهه . و اختلفا فالمضارب يجبر على بيعها .

٤٥ وقال اهل المدينة : لا ينظر الى قول واحد منهما و لكن يسأل عن ذلك اهل المعرفة و البصر فان يروا وجه البيع بيعت و الا امسكت . احتجاج الامام عليهم .

كتاب

نقطع اليه الشفعة ·

٨٢　احتجاج الامام عليهم ·

»　قال شريح الشفعة لمن واثبها · و تخريج الاثر من المعلق له ·

»　كلام المعلق و تحقيقه فى حديث الشفعة لحل العقال ·

٨٣　باب الرجل يهلك فيورث ارضه ورثته فى الشفعة

»　قال ابو حنيفة فى الرجل يورث الأرض نفرا من ولده فيكون بينهم ثم يولد لأحد النفر اولاد ثم يهلك الثانى فيبيع احد ولد الميت الثانى حقه من الأرض لجميع الشركاء فى الأرض شركاء فى الشفعة و لا يكون احدهم احق بالشفعة ·

»　و قال اهل المدينة اخوة البائع احق بها من عمومته شركاء ابيه ·

»　احتجاج الامام عليهم ·

٨٥　باب الشفعة على الرؤس

»　قال ابو حنيفة الشفعة على الرؤس و ليس على الانصباء صاحب النصيب القليل و الكثير فيها سواء ·

»　و قال اهل المدينة بين الشركاء على حصصهم ·

»　احتجاج الامام عليهم ·

٨٦　باب الرجل يشترى الأرض فيعمرها ·

»　قال ابو حنيفة فى الرجل يشترى الأرض فيعمرها بأصل نصيبه منها ثم يأتى رجل فيدرك فيها حقا فيريد ان يأخذ بالشفعة له ان يأخذ بها و يقال للعمر اقلع ما غرست و اقلع بناءك يأخذ الشفيع الدار بالثمن الا ان يتراضيا ان يأخذ الشفيع ذلك بالقيمة ·

٨٧　و قال اهل المدينة من اشترى ارضا فعمرها بالأصل يضعه فيها او البئر يحفرها ثم يأتى رجل يدرك فيها حقا فيريد ان يأخذها بالشفعة فلا شفعة له فيها الا ان يعطيه قيمة ما عمر ·

ثم

١٥٠ **باب** النفقة من يجبر عليها من ذى الرحم المحرم و غيره

« قال محمد: زعم اهل المدينة انهم لا يجبرون على النفقة الا الوالد على ولده والولد على والديه و اما غيره من ذى القرابات الرحم المحرم فانهم لا يجبرون على النفقة فى الرضاع و لا غيره .

١٥٢ قال ابو حنيفة: يجبر الرجل على نفقة كل ذى رحم محرم من صغير ليس له مال او رجل لا يقدر على العمل او امرأة صغيرة او كبيرة لامال لها على قدر مواريثهم .

١٥٣ و قال اهل المدينة: لا ينفق على احد من هؤلاء الا والد على ولده او ولد على والديه و لا يجبر فى نفقة جد و لا جدة و لا ولد ولد صغارا كانوا او كبارا نساء كانوا او زمنى من الرجال .

« و قال محمد: الكتاب ينطق بخلاف ما قال اهل المدينة « و الوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك » ـ الخ .

١٥٦ بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ان امرأة رفعت اليه عم صبى لها ففرض عليه نفقته .

١٥٧ الأثر المسند الوارد فى الباب .

١٥٨ **باب** نكاح الأولياء الأخ من الأب و الأم اولى من الأخ من الأب فى النكاح و غيره

« قال ابو حنيفة: لا ولاية فى النكاح للاخ من الأب مع الأخ من الأب و الأم الا ان يكون غائبا غيبة منقطعة ـ الخ .

١٦١ و قال اهل المدينة: الاخوة سواء فى الولاية فى النكاح، الأخ من الأب و الأم و الأخ من الأب فى ذلك شرعا سواء .

« و قال محمد: وكيف للاخ للاب ولاية فى النكاح ومعه اخ للاب و الأم ـ الخ .

صفحة	مضمون
١٩٥	مناقشة الامام معهم .
١٩٦	باب الرجل يشترى جارية فيطأها ثم يعلم انها حرة
»	قال ابو حنيفة فى رجل اشترى جارية فأصابها ثم جاء العلم بأنها حرة: ان على الذى و طئها مهر مثلها بمسيسه اياها ان علم بحريتها حين وطئها او لم يعلم .
»	و قال اهل المدينة: ان علم بحريتها حين وطئها كان لها عليه مهر مثلها ، و ان لم يعلم فليس عليه شيء ، و عليها ان تعتد عدة المطلقة .
»	مناقشة الامام اياهم بايراده نظائر نقضهم بها .
١٩٩	باب النكاح فى الهزل و اللعب و الجد
»	قال ابو حنيفة فى نكاح اللعب و الهزل: انه جائز كما يجوز نكاح الجد .
»	وقال اهل المدينة فى نكاح اللعب و الهزل: لا يجوز منه الا ما كان على وجه الجد.
»	مناقشة الامام قولهم .
٢٠٠	حديث « ثلاث هزلهن جدّ وجدهن جدّ: النكاح و الطلاق و العتاق » .
»	ما ورد فى الباب من الآثار المسندة .
٢٠٣	باب الرجل وكل الرجل ان يزوجه امرأة و سماها له بمهر مسمى معلوم
»	قال ابو حنيفة فى رجل بعث رجلا و امره ان يزوجه امرأة و سماها بصداق مائة دينار و لم ترض المرأة بالمائة فزادها الرسول من عنده نظرا لصاحبه فلم يجز الزيادة قال: لا يكون ذلك على الرسول و يكون على الزوج ان شاء رضى بالزيادة و ان شاء رد النكاح - الخ .
٢٠٥	و قال اهل المدينة: ان لم يكن دخل بها احلفه بالله ما امره بالزيادة ثم خيرت المرأة ان شاءت دخلت على المائة الدينار و ان شاءت فارقته و لا شيء لها عليه و لا على الرسول و كانت فرقتها طلاق .
٢٠٦	و قال محمد: فى هذه المسألة وجوه من العجائب ما منها وجه الا لو شاء القائل

تصدقت بمهرها عليه قبل ان تستوفيه فهو جائز و لا بأس ان يدخل بها قبل ان يعطيها شيئا .

٢٣١ و قال اهل المدينة مثل قول ابي حنيفة الا انهم قالوا يكره للرجل ان يمس المرأة حتى يعطيها من مهرها شيئا - الخ .

٢٣٣ قال محمد : لم كرهتم ان يدخل عليها قبل ان يعطيها شيئا اذا رضيت به اولياؤها - الخ .

« ما ورد فى الباب من الآثار المسندة .

٢٣٩ باب الرجلين يدعيان نكاح امرأة

« قال ابوحنيفة فى الرجلين يدعيان نكاح امرأة و يأتى كل واحد بالبينة على نكاحه و لايدرى ايهما نكح قبل فأيهما اقرت له بالنكاح فهى امرأته و ان كذبتهما جميعا لم يكن بينها و بين واحد منهما نكاح .

٢٤٠ و قال اهل المدينة : تطرح شهودهما جميعا ثم تنكح من شاءت و شاء وليها نكاحا جديدا .

٢٤٣ باب الرجل يريد ان يزوج ابنته البكر فتحلف بعتق مماليكها او بصدقة مالها .

« قال ابو حنيفة فى البكر يريد ابوها ان يزوجها فتحلف بعتق مماليكها او بصدقة مالها ان لا يتزوجها الذى يزوجها ابوها ثم يزوجها على ذلك يقع عليها ما حلفت عليه و لا يجوز النكاح الا برضاها .

« و قال اهل المدينة : النكاح جائز و ليس لها يمين فى عتاق و لاصدقة انه مولى عليها .

٢٤٥ و قال محمد : وكيف يكون البكر البالغة مولى عليها - الخ .

باب

صفحه	مضمون
٢٨١	تحقيق المعلق فى تعليق الطلاق بالنكاح و صحة وقوعه بعد النكاح و اثباته بحجة قوية رادا على ابن حزم .
٢٨٩	باب الرجل يقول كل امرأة اتزوجها من بنى فلان فهى طالق ثلاثا البتة
»	قال ابو حنيفة: اذا قال الرجل كل امرأة اتزوجها من بنى فلان فهى طالق ثلاثا البتة فانه لايتزوج منهن امرأة الا طلقت منه البتة فان نكحها بعد زوج لم تطلق .
»	و قال اهل المدينة: تطلق ابدا كلما تزوجها و ان تزوجها عشرين مرة .
٢٩٠	و قال محمد: انما قال كل امرأة اتزوجها فانما التزويج على مرة واحد و ليس على كل تزويج - الخ .
٢٩١	باب الرجل يحلف لا يتسرى جارية
»	قال ابو حنيفة فى الرجل يحلف ان لا يتسرى الجارية ان التسرى ان يبوئها بيتا و يحصنها و يطأها طلب ولدها اولا .
٢٩٢	و قال اهل المدينة: الاستسرار ان يطأ جاريته التمس ولدها ام لا بوأها بيتا او لم يبوئها .
»	و قال محمد: كيف سرية و هى خادمة تستقى الماء لأهلها و تشترى لهم حوائجهم و انما السرية المحصنة التى توطأ - الخ .
٢٩٣	باب الرجل يقول لامرأته كل امرأة اتزوجها عليك فهى طالق
»	قال ابو حنيفة فى رجل قال لامرأته كل امرأة اتزوجها عليك فهى طالق البتة فطلق امرأته التى كانت عنده ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها ثم تزوج الأخرى ثم تزوج الاولى بعد ما تزوجت زوجا آخر ودخل بها انهما امرأتاه جميعا - الخ .

صفحه | مضمون

صفحه | مضمون

٤٤٢ و قال اهل المدينة اذا كان لا يفيق حيل بينه و بين امرأته و بين ما يخاف عليها منه و انفق من ماله و ضرب لها اجلا سنة يعالج فيها ـ الخ .

٤٤٣ و قال محمد وكيف تكون الفرقة بينهما فى قولكم اذا لم يفق و لا تكون بينهما اذا كان يفيق فى بعض الزمان و هو يجامع فى الحالين كلتيهما ؟ انما تقع الفرقة اذا لم يقدر على الجماع ـ الخ .

» باب الرجل يتزوج و به جنون اوجذام او برص فتكره المرأة صحبته

» قال ابو حنيفة ليس للمرأة ان تفارق زوجها اذا كان به داء من جنون اوجذام او برص او عمى او مقعد .

٤٤٥ و قال اهل المدينة اذا كان مجنونا لا يفيق ضرب له اجل سنة فان لم يبرأ و كان يجامع فرق و اما المجذوم فانه فرق بينه و بين امرأته اذا طلبت ذلك و اما الأبرص و المقعد و المفلوج فلا يفرق بين احد منهم و بين امرأته .

» و قال محمد و كيف افترق المجذوم و المجنون و غيرهما من نحو الأبرص و الأعمى و المقعد ـ الخ .

٤٥٠ ما ورد فى الباب من اثر مسند .

٤٥١ باب الرجل يتزوج المرأة ولا يجد ما ينفق على امرأته

» قال ابو حنيفة اذا لم يجد الحر ما ينفق على امرأته امة كانت او حرة لم يفرق بينهما و كذلك العبد و لكن يفرض النفقة لامرأته الحرة و لزوجته الأمة اذا بوتت معه بيتا ـ الخ .

٤٥٢ و قال اهل المدينة اذا لم يجد الحر ما ينفق على امرأته امة كانت او حرة فرق بينهما و كذا العبد .

صفحه	مضمون
٥١٢	باب المرأة تنكح بغير اذن وليها غير كفو
»	قال ابو حنيفة فى المرأة تنكح بغير اذن وليها غير كفو فتريد المرأة ان تنقض ذلك قبل ان يأتى وليها غير كفو : ان ذلك ليس لها حتى يأتى وليها فليكن هو الذى ينقض او يجيز .
٥١٤	و قال اهل المدينة لها ان تنقض ذلك ان استخلف رجلا فزوجها ان كان كفوا او غير كفو لأن ذلك ليس بنكاح .
»	و قال محمد قد قلتم ان الفرقة فى هذا تطليقة فكيف يكون هذا ليس بنكاح و فرقته طلاق؟ هذا كلام ينقض بعضه بعضا .
٥١٥	باب العبد تكون تحته امة فيهب المولى الأمة للعبد فيقبلها
»	قال ابوحنيفة للذى يهب الجارية لزوجها و هو مملوك له و الزوجة ايضا مملوكة له كان هبته لاهية لا تفسد النكاح .
»	و قال اهل المدينة ان علم انه انما صنع ذلك لينزعها منه فليس ذلك بجائز و هى امرأة العبد كما هى ، و ان لم يعلم انه انما صنع ذلك لينزعها منه جاز ذلك و بطل النكاح و حلت للعبد بملك يمينه .
»	و قال محمد كيف اختلف اذ اعلم انه انما اراد ان ينزعها منه او لم يعلم؟ أرأيتم ان ادعى الغلام ذلك و قال المولى لم اهبها لذلك ، القول قول من فى ذلك و كيف يملك العبد امرأته و هو لا يملك نفسه ـ الخ .

* * * * *